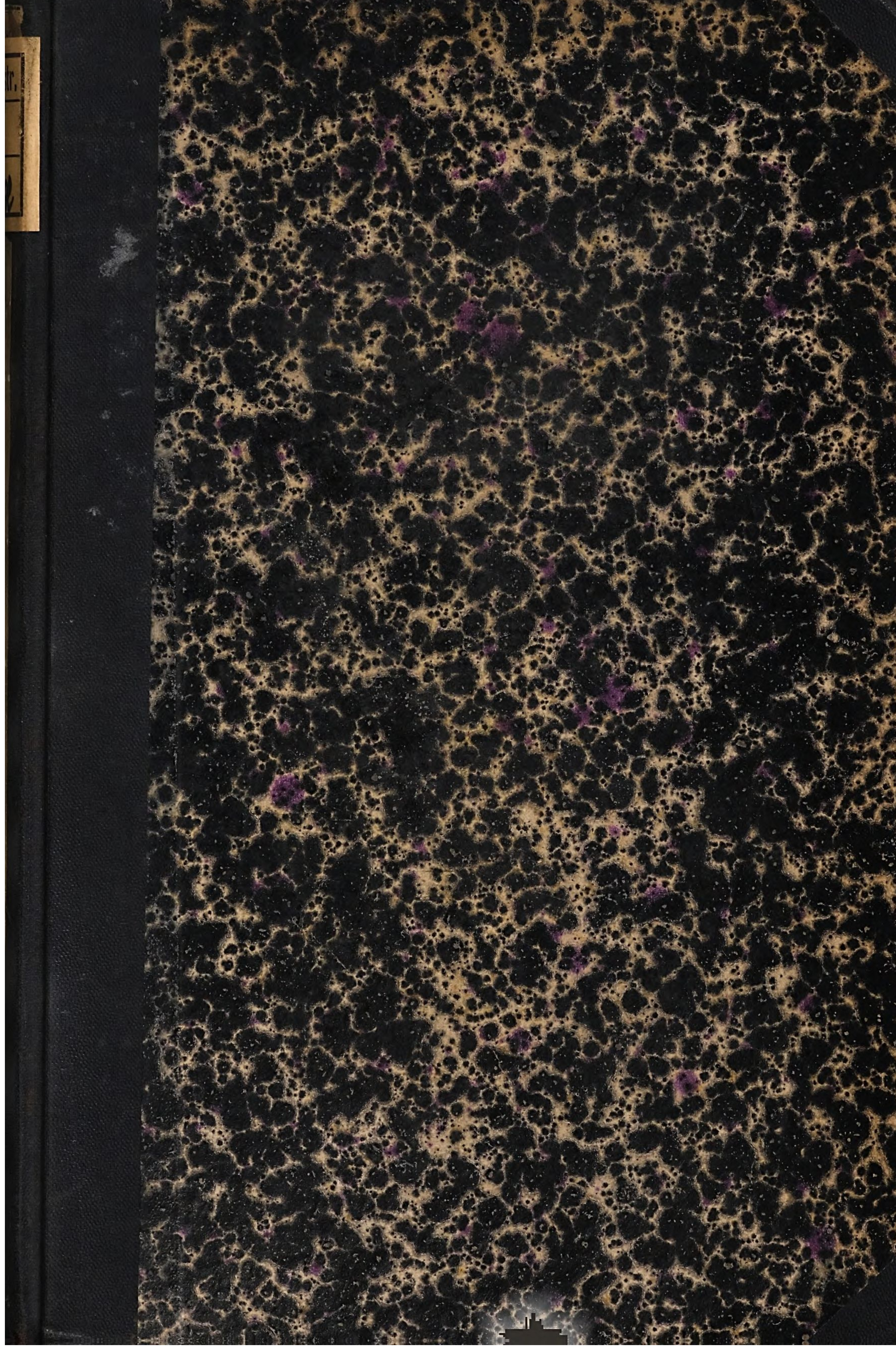




J. Austr. 11 ds

Doliński

HAFTUNG DES KONTRAHENTEN

für seine Gehilfen bei der Abschliessung von
obligatorischen Verträgen

nach oesterreichischem und gemeinem Recht.

Eine civilrechtliche Studie

von

Dr. ALEXANDER DOLIŃSKI.



LEMBERG.

GUBRYNOWICZ & SCHMIDT.

DRUCK VON PILLER & COMP.

1893.



Ein Wort über die Forschungsmethode des positiven Rechts.

Das System des wirklichen Lebens
ist das einzige System des Rechts
(Stein Volkswirtschaftslehre Wien
1878 S. 49).

Mit Ausnahme äusserst knapper Bestimmungen über die Stellvertretung sind andere den Gegenstand unserer Untersuchung bildende Rechtsverhältnisse im positiven österreichischen Rechte nicht entschieden. Wir begegnen hier einer Lücke. Es ist nun eine wichtige Frage, wie die Lücken im positiven Gesetze, in einer bestimmten Rechtsordnung auszufüllen seien. Diese Frage hat doppelte Bedeutung, zuerst eine praktische für den Richter, welche Grundsätze er auf den im Gesetze unentschiedenen Fall anwenden soll, sodann eine theoretische und methodologische für den Rechtsforscher, welche Bausteine ihm zur Ausführung und zur Darstellung positivrechtlich nicht normirter Rechtsverhältnisse zu Gebote stehen.

Das allgemeine bürgerl. Gb. lässt diese Fälle nach Gesetzes und Rechtsanalogie entscheiden, bestimmt so dann im § 7. „Bleibt der Rechtssatz noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.“

Diesen Bestimmungen kommt eine besondere Bedeutung zu. Es unterliegt keinem Zweifel, dass 1502 Paragraphen nicht im Stande sind sämtliche Combinationen des

gesellschaftlichen Lebens zu erschöpfen und dass die Lebensverhältnisse stäte Entwicklung und stäte qualitative und quantitative Veränderung ausweisen ¹⁾. Ein Gbuch vom Anfang des 19 Jahrhunderts reicht für die Lebensverhältnisse und Socialerscheinungen zu Ende desselben nicht mehr aus. Die Rechtsforschung kann vom positiven Rechte Abstand nehmen, dasselbe von verschiedenen Gesichtspunkten aus eingehender Kritik unterziehen und Anhaltspunkte für die Entwicklung des Rechts liefern. Aber je mehr sie sich von dem positiven Recht entfernt, desto mehr verliert sie den Boden, um so mehr hört sie auf praktisch zu sein, desto grösser ist die Kluft zwischen der Theorie und Praxis. Sie muss mithin von dem positiven Recht ausgehen und ihre Aufgabe ist, die auf schwierigem methodologischem Wege gefundenen Elemente in das positive Recht hineinzutragen.

Welcher ist dieser Weg, auf dem man die Lücken einer bestimmten Rechtsordnung auszufüllen und neue Elemente in dieselbe hineinzutragen im Stande wäre? Was sind die natürlichen Rechtsgrundsätze in unserem allg. bürgerl. Gesetzbuch?

Die paar Worte waren von jeher eine Crux für die österreichischen Commentatoren und Systematiker. Mit Schrecken sah man darin das verstossene und aufgegebenes Naturrecht aufgefrischt und als Ergänzungsquelle angedeutet. Das nächste war, die missliche Stelle hinwegzuinterpretiren. Die älteren Commentatoren verstehen darunter direct das Naturrecht, „Vernunftrecht“, „Vernunftcodex“ im Sinne des alten Naturrechts. Was die Redactoren darunter gemeint haben, das sagen sie uns nicht und obgleich Zeiller ein klassischer Zeuge ist, so sind doch seine Worte nicht beweisend. Was sie auch damit gemeint haben würden, wären wir jedenfalls berechtigt diesen Worten eben die Meinung unterzulegen, welche wir Rechtsunterthanen als durch einen vernünftigen Gesetzgeber gewünscht annehmen müssen (Leonhard Irrthum bei nichtigen Verträgen I. S. 107), also jedenfalls nicht die Bedeutung des alten Naturrechts, wenn es schon vollständig verdammt. und abgestossen werden soll.

¹⁾ Pfaff-Hoffmann Commentar I. S. 193 „Dass die Analogie bei Anwendung eines so kurz gefassten Gesetzbuchs, wie das unsere ist, eine grosse Rolle werde spielen müssen, das sahen die Redactoren ein.

Von den anderen Schriftstellern wären die Ansichten von Unger und Pfaff-Hoffmann hervorzuheben. Unger versteht darunter ebenfalls nur das Naturrecht und sieht im § 7. nur die Befriedigung eines rein theoretischen Dranges der Verfasser des bürgerl. Gesetzbuches. Den Standpunkt des Naturrechts hält dieser Schriftsteller für überwunden und glaubt, diese Ergänzungsquelle sei vollkommen überflüssig, „da sich in der That niemals ein Fall ereignen kann, in welchem zu jener subsidiaeren Quelle recurrirt werden müsste“. Rechtsanalogie sei nach Ansicht Ungers vollkommen ausreichend, um jeden sich ergebenden Fall im Geiste der bestehenden Gesetze zu lösen.

Bei dem letzteren Satz ist aber ein Fragezeichen zu stellen. Kann man in der That jeden Fall durch Rechtsanalogie lösen? Man denke nur an den modernen Verkehr mittelst Eisenbahnen, Telegraphen und Telephonen — wo finden sich in bestehenden Gesetzen Anhaltspunkte für die Entscheidung der hier vorkommenden Fragen und Normirung der Verhältnisse? Man erwäge nur die grosse Menge moderner Gesetze, wodurch die im bürgerlichen Gesetzbuch normirten Rechtsverhältnisse theils abgeändert theils neu geregelt werden: die sociale Gesetzgebung. Man braucht nicht viel Scharfsinn an den Tag zu legen, um zur Einsicht zu kommen, dass das positive Recht zu eng ist und dass auch die Rechtsanalogie nicht im Stande ist die Lücke auszufüllen. Zumal liefert die Rechtsanalogie nur „vagere in unmittelbarer Anwendung auf concrete Fälle nich mehr ganz zuverlässige Rechtsgedanken“ (Pfaff-Hoffmann Commentar I. S. 198).

Pfaff-Hoffmann (Commentar I. S. 198) sehen in diesen Worten eine Legitimation des Richters zu einer individualisirenden Beurtheilung solcher Fälle. Ist nun ein Fall im positiven Gesetze nicht entschieden, dann soll ihn der Richter nach freiem Ermessen entscheiden. Damit ist aber soviel wie nichts gesagt. Denn es handelt sich eben um Anhaltspunkte, welche als Zielpunkt und Masstab für die individualisirende Beurtheilung des Richters, für das freie Ermessen des letzteren dienen sollen. So lange diese Anhaltspunkte nicht gefunden werden, ist das freie richterliche Ermessen eine leere Phrase.

Es widerspricht auch dem Gesetze, denn der Gesetzgeber sagt im §. 7. nicht „du sollst nach deinem freien Ermessen entscheiden, sondern du sollst diese und diese Anhaltspunkte zum Ausgang für die Entscheidung nehmen. Dass der Gesetzgeber sich undeutlich ausgedrückt hat, ist eine andere Sache. Abgesehen von dem Richter ist die Frage offen, welche Methode der Rechtsforscher zur Darstellung positivrechtlich nicht normirter Rechtsverhältnisse anschlagen soll?

Besonders wichtig für die Rechtsforschung ist die prinzipielle Frage über die Behandlungsmethode positivrechtlich nicht normirter Rechtsverhältnisse?

Bekanntlich gibt es bis nun zwei Richtungen in der wissenschaftlichen Rechtsforschung: die herrschende historisch-dogmatische Methode und historische Schule und die allmählich immer mehr Anhänger gewinnende sociologische Methode und sociale Rechtstheorie. Beide unterscheiden sich durch Fragstellung, durch Anwendungsgebiete, durch Ausgangspunkte und durch Resultate.

Die historisch-dogmatische Methode und die historische Schule gegründet von Savigny-Puchta vorzüglich vertreten von Windscheid beschäftigt sich mit der Frage, was Rechtens ist.

Ausserhalb der positiv rechtlichen Fragen erkennt sie Nichts anderes an, vor allem befasst sie sich mit der naturrechtlichen Frage, ob dasjenige, was Rechtens ist, auch Rechtens sein soll, nicht. Dies zeigt sich am deutlichsten bei Windscheid, der die schlagendsten Beweise durch die eine Bemerkung aus dem Felde räumt, es seien bloss Erwägungen *de lege ferenda*, und der mit unerbittlicher Strenge gestützt auf das complicirteste Apparat der juristischen Logik aus den in einer positiven Rechtsordnung ausgesprochenen oder auch nur logisch aus derselben abgeleiteten Prinzipien oder abstracten Speculationen die äussersten Consenquenzen deducirt wissen will, wie wir dem im Laufe der vorliegenden Abhandlung mehrmals begegnen werden. Der Historismus ist für sie nur Mittel zum Zweck. Sie will das heutige positive Recht erkennen und dies meint sie aus dem Werdeprocess desselben erkennen zu können, das Sein aus dem Wer-

den. Aber ihre historische Methode ist eben nur historische Behandlung der nach Zeit und Ort begrenzten Rechtsvorschriften. Um den Zusammenhang der Rechtserscheinungen in ihrem Entwicklungsprocess mit den Lebenserscheinungen in ihrem Werdeprocess kümmert sie sich nicht.

Das beliebteste Gebiet ist für diese Theorie das römische Recht: *Corpus iuris civilis*, in welches sich die Methode förmlich eingesperrt hat. Mit Hilfe speculativer Deduction werden aus dem römischen Recht Prinzipien deducirt, Theorien und Constructionen aufgebant, welche in demselben nicht enthalten sind, denn das Theoretisiren ist bekanntlich nicht die Sache der römischen Juristen und aus diesen Prinzipien und diesen Theorien werden oftmals Consequenzen gezogen, die wiederum entweder nicht römisch sind oder den Quellenentscheidungen direct widersprechen. In diesem Falle findet doch diese Theorie angemessener, die unbequemen Entscheidungen hinwegzuinterpretiren oder einfach wegzuläugnen, als eine mühsam aufgebaute Theorie, ein fein construirtes Gewebe umzuwerfen.

Nicht eingedenk dessen, dass das Recht nur die Form nicht den Inhalt gibt, dass die Rechtsverhältnisse und Rechtserscheinungen nichts mehr, als die in eine bestimmte Form eingekleideten Lebensverhältnisse und Lebenserscheinungen sind, beschäftigt sich diese Theorie nicht mit der Form im Zusammenhang mit dem Inhalt, forscht nicht nach dem Zusammenhang des Rechts mit dem gesammten Leben und der Rechtserscheinungen mit den Lebenserscheinungen, sondern mit Form als solcher, mit Rechtsverhältnissen und Rechtserscheinungen schlechthin. Sie ist chablonenmässig und formalistisch, sie sucht überall nach steifer Chablone, nach konstanter Formel, die oft aus dem verschiedenartigsten Stoff abstrahirt wird. Dadurch wird die Rechtsforschung zur Mathematik, welche vom Kreis und Dreieck handelt, dessen Eigenschaften und Qualitäten bestimmt, ohne darauf zu achten, ob in der Natur ein Kreis mit gleichen Radien, ein Dreieck mit 180° betragenden 3 Winkeln oder eine gerade Linie sich irgendwo befindet und ob dieselben die auf deductivem Wege und auf Grund eines abstracten Denkens aus ebenfalls abstracten Praemissen und abstract gedachten

Voraussetzungen und Annahmen gewonnenen Eigenschaften und Merkmale auch wirklich besitzen. Sie behandelt die Rechtsverhältnisse in ihrer Qualität als rechtliche Verhältnisse, als gegebene mathematische Grössen ohne Rücksicht, ob sie der Wirklichkeit entsprechen. Das Leben soll für sie nur Boden factischer Voraussetzung sein, ohne welche von Rechtsnormen und Rechtsverhältnissen nicht die Rede sein könnte (Pachmann Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft. S. 41.) Aber während die Mathematik doch für die Naturwissenschaften einen eminenten Dienst leistet, so hat diese Rechtsforschung keinen praktischen Werth weder für das Leben, denn sie widerspricht dem letzteren, noch für die Praxis denn die letztere rechnet mit solcher Theorie nicht — noch mehr, diese Rechtstheorie mit allen nebelhaften Constructionen, Praesumptionen, Fictionen und anderen künstlichen Hilfsmitteln scheint dem Laien ein mysteriöses Gebäude, welches nur dem Eingeweihten zugänglich ist. Der Gesetzgeber darf nicht schaffen¹⁾, seine Aufgabe besteht nur darin, die Gestalten und Formen der Lebensverhältnisse und Lebenserscheinungen und der gegenseitigen Beziehungen der in Gemeinschaft lebenden Menschen, welche durch Drang natürlicher Kräfte hervorgetrieben werden, zu erforschen, dieselben vorzufinden und in Form eines Rechtsatzes zu erfassen und festzuhalten²⁾. Das auf diese Weise geschaffene Rechtssystem durch die Macht entstanden und von der Macht

¹⁾ Jhering Geist des röm. Rechtes I. S. 25. „die Thätigkeit Reflexion des Gesetzgebers findet mehr als dass sie schafft“.

Der Gesetzgeber schafft nicht und wenn er schafft, wenn er einer Lebenserscheinung andere Form gibt, als sie wirklich hat, so schafft er unzweckmässig, schafft er unrichtig, weil die Lebensverhältnisse nur durch Aenderung ihrer Gründe, Ursachen und der sie bewegenden Kräfte geändert werden können, das letztere aber vermag das Recht nicht. So wäre z. B. die sociale Frage wesentlich gemildert, wenn der Altruismus über den Egoismus Oberhand gewinnen möchte. Dagegen ist das Recht hilflos. Gibt es aber einer Lebenserscheinung andere Form, so hemmt er nur ihre Entwicklung, vermag dieselbe nicht hintanzuhalten gleich dem gestauten Flusse, der sich ein anderes Flussbett aussucht.

²⁾ Jhering Geist des röm. R. I. S. 36.

„Die Rechtssätze sind abstrahirt aus den Lebensverhältnissen und ihre Bestimmung ist die denselben innewohnende Natur auszusprechen und sie ihnen zu sichern.

getragen dauert fort, bis es durch ein anderes aufgehoben und vertreten wird. Das Leben aber kennt keinen Stillstand, es entwickelt sich weiter, verändert seine Formen und seinen Inhalt je nach Gründen, die es bestimmen und nach Kräften die es bewegen. Das einmal geregelte Verhältniss entwickelt sich ausserhalb und gegen das Gesetz. Daraus, dass sich das Leben allmählich, das positive Recht sprungweise entwickelt, entsteht oft ein Zwiespalt zwischen Leben und Recht. Aber der Zwiespalt zwischen Recht und Leben kann ausser Wechsel und Entwicklung der Lebenserscheinungen noch andere Quellen haben; er kann noch in unrichtiger Erkenntniss und ungehöriger Würdigung der Lebenserscheinungen seinen Ursprung haben. Wäre es nicht die Aufgabe der Rechtsforschung den verlorenen Zusammenhang des Rechts mit dem Leben wieder anzuknüpfen, sei es durch Interpretation der positiven Gesetze oder wo dies nicht thunlich, durch Kritik und Anregung zur Reform? Und trägt die herrschende Methode dieser Aufgabe Rechnung? Freilich muss das positive Recht angewendet werden, wo das Gesetz einmal verbindliche Kraft erlangt hat, müssen vollziehende Organe dasselbe auch anwenden und der Richter muss darnach urtheilen, wenn sich dagegen auch so sehr sein Rechtsgefühl sträubt. Dazu ist er auf Grund seines officium, des abgeleisteten Eides verpflichtet. Was aber für den Richter gilt, muss es auch für den Rechtsforscher gelten? Ist dieser auch an das positive Recht gebunden?

Sämmtliche Mängel der historisch-dogmatischen Theorie und der historischen Schule vermag erst die sociale Rechtstheorie zu beheben. Sie stellt und beschäftigt sich speziell mit der Frage, ob dasjenige was Rechtens ist, auch Rechtens sein soll, sie sucht den Contact der Rechtsverhältnisse mit Lebensverhältnissen zu erhalten, sie bildet das Correctiv des positiven Rechts und liefert Anhaltspunkte für die künftige Gesetzgebung und Reform. Das Recht ist nicht um seiner selbst willen da, es ist nicht Zweck für sich, sondern Mittel zum Zweck; Zweck des Rechts liegt ausserhalb des positiven Rechts, in Lebensverhältnissen, Lebensbedürfnissen, Interessen des in Gemeinschaft lebenden Menschen. Es liegt mithin der Schwerpunkt für die Forschung des

positiven Rechts nicht in diesem selbst, sondern ausserhalb desselben in der Forschung der Lebenserscheinungen und der gegenseitigen Beziehungen der in Gemeinschaft lebenden Menschen und in denjenigen Disciplinen, deren Gegenstand vorzüglich die Socialerscheinungen bilden. Diese Wissenschaften haben mithin nicht bloss die Bedeutung von Hilfsdisciplinen für die Rechtswissenschaft und Rechtsforschung, sondern sie haben eine prinzipielle Bedeutung für die letztere, denn sie bieten ihr den Inhalt.

Vor allem aber ist die sociale Rechtstheorie zur Kritik des bestehenden Rechts eine *conditio sine qua non*. Denn es kann unbezweifelt aus dem, was ist oder was war, nicht entschieden werden, was sein soll oder was sein sollte, und ob dasjenige, was ist oder war, auch vernunftgemäss und zweckmässig ist oder war. Für die Kritik des positiven Rechts sind Anhaltspunkte im positiven Recht als solchem nicht gegeben. In der That bestätigen dies auch die Anhänger der historisch-dogmatischen Methode. Wo sie zur Kritik des positiven Rechts übergehen, sehen sie sich gezwungen den Boden des positiven Rechts zu verlassen. Es wird mit der „Natur“ der Sache „Wesen und Zweck“ des Rechtsinstitutes „Zweckmässigkeitsrücksichten“ „legislatorischen Erwägungen“ operirt. Anhaltspunkte für die letzteren, Kriterien liegen aber unbezweifelt ausserhalb des positiven Rechts. Die Kritik aus dem positiven Recht wäre bloss eine äusserliche, es würde sich höchstens darum handeln, ob das gesammte Rechtssystem nicht Widersprüche enthält, ob der Gedankeninhalt im äusserlichen Zusammenhange stehe. Von einem Zusammenhang des Rechts mit dem Leben wäre bei dieser Kritik gar keine Rede. Unmöglich kann dagegen sich die Rechtsforschung bloss mit der Technik des positiven Rechts befassen. Die technische Seite hat freilich für die Anwendung und Beherrschung des gesammten Rechtssystems eine eminente Bedeutung, darauf aber die Rechtswissenschaft zu beschränken, wäre ihre Aufgabe vollständig zu verkennen. Die technische Bearbeitung des Rechtsstoffs verfolgt eben nur praktischen und didaktischen Zweck und hat nur eine untergeordnete Bedeutung.

Ferner ist man unseres Erachtens nur mit Hilfe der socialen Rechtstheorie im Stande das positive Recht zu ergänzen, die in demselben enthaltenen Lücken auszufüllen.

Auch die historisch dogmatische Theorie wendet diese Ergänzungsquelle an. Man hilft sich mit der „Natur der Sache“, „Wesen und Zweck“ des Rechtsinstitutes. Gewiss kann darunter nicht Natur der Rechtsinstitute gemeint werden, welche dieselben in irgend einer positiven Rechtsordnung haben, denn dann könnte von einer Lücke und dem Bedürfniss nach Ergänzung des positiven Rechts gar nicht die Rede sein. Wohl also nur die Natur der Sache, Wesen und Zweck des Rechtsinstituts im Leben ausserhalb des Gesetzes.

Ob für diese Methode sich auch Platz in der Auslegung, Hermeneutik finde, ist eine offene Frage. Gewöhnlich unterscheidet man bei der Auslegung der Gesetze 4 Elemente, das grammatische, logische, historische und systematische. (Savigny. System. §. 33). Ist bei der Auslegung für das sociale Element kein Platz? Freilich kann es noch fraglich sein, was denn eigentlich unter der Logik zu verstehen sei und wir können Pfaff-Hoffmann (Commentar I. 176.) vollständig zustimmen, dass man bei der logischen Auslegung nicht bloss die Wissenschaft der Logik, sondern auch andere Disciplinen in Anspruch nimmt. Wir fordern nur, dass unter diesen Disciplinen vor allem die Sozialwissenschaften berücksichtigt werden. Denn gewiss kann sich bei der logischen Interpretation nicht bloss um Form des Denkens, sondern auch um den Inhalt handeln (Vgl. Pfaff-Hoffmann Commentar I. S. 177 u. N. 62). So kommt bei der logischen Auslegung in Betracht der Grund, der Zweck, das Motiv des Rechts, ratio legis und ratio juris, Grundgedanke des Rechtssatzes ¹⁾.

Im Gesetzbuch selber sind für die Interpretation Anhaltspunkte gegeben, die im Gesetze nicht enthalten sind, sondern aus dem Leben durch Erkenntniss der Lebensverhältnisse, Gewohnheiten, Lebensregeln, Verkehrsregeln gewon-

¹⁾ Pfaff-Hoffmann I. S. 184. Zur Feststellung seiner materiellen Voraussetzungen hilft keine formale Logik. Dazu sind sachliche, juristische oder wie in unserem Beispiele psychologische Erwägungen nothwendig.

nen werden. Ich führe nur den Bevollmächtigungsvertrag und die stillschweigende Bevollmächtigung an. §. 1009 a. b. Gb. bestimmt, dass der Bevollmächtigte berechtigt ist alle Mittel anzuwenden „die mit der Natur des Geschäfts notwendig verbunden sind und §. 1029: „Wer einem Anderen eine Verwaltung anvertraut hat, von dem wird vermuthet, dass er ihm auch die Macht eingeräumt habe, alles dasjenige zu thun was die Verwaltung selbst erfordert und was gewöhnlich damit verbunden ist“. Was mit der Natur des Geschäfts nothwendig verbunden ist und was die Verwaltung selbst erfordert, darüber gibt das positive Recht keine Auskunft, darüber muss der Richter das Leben befragen.

Schon das positive Recht verweist oftmals auf das Leben und je öfters es dies thut, desto unbedeutender wird der Contrast, der Zwiespalt zwischen dem einen oder dem anderen sein. Es unterliegt keinem Zweifel, dass das positive Recht für sich kein abgeschlossenes Ganze ist, dass es nicht mit einem Organismus, der aus sich selbst durch innere Kräfte heranwächst und sich entwickelt, verglichen werden kann und es folgt daraus, dass das positive Recht auch in seinem höheren „Aggregatzustand“ mit Begriffen und Rechtsprinzipien und der ganzen „inneren Umwandlung mit Rechtssätzen“ allein weder das ganze Recht darzustellen im Stande ist, noch vermieden werden kann, dass es mit dem Leben in manchen Punkten in directen Widerspruch trete. Die Rechtsforschung darf nicht die Rechtsverhältnisse und Rechtserscheinungen als solche zum Gegenstand seines Studiums machen, sie muss dieselben im Zusammenhang mit den ihnen correspondirenden Lebensverhältnissen und Lebenserscheinungen betrachten, sie muss unermüdlich den Contact zwischen dem Recht und Leben zu erhalten trachten, sie muss sowohl Forschung des Rechts als auch des Lebens und beides zugleich sein, sie ist Rechtskunde und Sociologie zugleich, sie soll die Rechts- und Lebenserscheinungen sowohl abgesondert als auch im Verhältnisse zu einander untersuchen, die Resultate der einen Forschung mit denen der anderen vergleichen und corrigiren, an den Rechtsverhältnissen und Rechtserscheinungen umfangreiche und eingehende Kritik üben, für die künftige Gestal-

tung und gesetzliche Regelung der Lebenserscheinungen Handreichen und Anhaltspunkte aufstellen und unermüdlich zur Reform anrufen, wo sie die Rechtserscheinungen inhaltlos vorfindet.

Fragstellung und Begränzung des Themas.

Das vorliegende Problem greift in das Gebiet der Vertragslehre hinüber, beschränkt sich jedoch nur auf die obligatorischen und zwar entgeltlichen Verträge, da bekanntlich nur die letzteren vorzüglich durch Verkehrsbedürfnisse und Verkehrsinteressen beherrscht werden, was den unentgeltlichen Verträgen nicht eigenthümlich ist; deshalb würde uns an einem einheitlichen Bestimmungsgrunde, an einer einheitlichen bewegenden Kraft für die zusammenhängende Behandlung der entgeltlichen und unentgeltlichen Verträge fehlen.

Wir gehen von der wirtschaftlichen Thatsache aus, dass sich Jedermann, sei es wegen Unkenntniss, Unfähigkeit oder aus reiner Bequemlichkeit, zur Führung seiner Geschäfte, welche in der Eingehung von Verträgen bestehen oder bei welchen die Vertragsabschlüsse doch behilflich sind, anderer Personen bedienen darf und dass die Rechtsordnung in richtiger Anerkennung der oekonomischen Bedürfnisse die durch natürliche Kraft in's Leben gerufenen Verhältnisse sanktionirt, sie zu seinen, d. h. rechtlichen Verhältnissen macht.

Daraus folgt ein Doppeltes. Es entsteht zuerst eine Unzahl von Rechtsverhältnissen zwischen dem Prinzipal und seinen Gehilfen. Sodann wird das Verhältniss zwischen dem Prinzipal und dem Dritten, Mitkontrahenten modificirt. Ohne auf die erstere Folge einzugehen, werden wir uns nur mit der letzteren befassen. Wir stellen uns also die Frage: Welche Modificationen erleidet das äussere Rechtsverhältniss zwischen zwei Contrahenten aus dem Grunde, weil einer von ihnen sich in bestimmten Vertragshandlungen vertreten lässt, weil er sich anderer Personen bedient? Welche Bedeutung kommt den Handlungen dieser Gehilfen als solchen zu? Ob und unter welchen Bedingungen und Voraussetzungen üben sie auf das äussere Rechtsverhältniss beider Contrahenten sowohl im Leben als auch im Recht einen erheblichen Einfluss?

Die bis nun aufgestellten Theorien und Constructionen geben uns auf diese Frage keine befriedigende Antwort, wir finden in ihnen für das vorliegende Problem keine treffende Lösung. Um so treffender der Grund, um so grösser das Bedürfniss die darauf bezüglichen Fragen, die betreffenden Probleme unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zusammenzufassen und von diesem Standpunkt aus zu erklären. Es kommt noch dazu, dass die herrschende Lehre die vorliegenden Probleme überwiegend auf Grund des Willensprinzips und der Willenstheorie lösen zu können vermeint; neuerdings aber, da sich sogar die extremsten Anhänger der Willenstheorie zu bedeutenden Conzessionen zu Gunsten des Vertrauensprinzips haben verstehen lassen, ist es von bedeutendem Interesse, die Bedeutung und Tragweite der Vertrauenstheorie und des Vertrauensprinzips auch für unsere Probleme zu untersuchen.

Das Dilemma „Willensprinzip oder Vertrauensprinzip“ bildet heutzutage den Angelpunkt, um den sich der ganze Streit in der Vertrags- und Irrtumslehre dreht. Es stellt sich das Bedürfniss aus, auch in Bezug auf die zu behandelnden Verhältnisse das Zünglein der Wagschale zu Gunsten der einen oder der anderen Theorie hinzuneigen.

Eine eingehende Behandlung dieser Probleme begegnet um so grösseren Schwierigkeiten, als uns völlig an einem Ausgangspunkt fehlt, da kein positives Recht diese Verhältnisse derart regelt, dass es zum Ausgangspunkt für die Forschung gemacht werden könnte.

Das österreichische Privatrecht ist in dieser Beziehung völlig lückenhaft. Wir sind lediglich auf die im Gesetze angedeuteten Ergänzungsquellen verwiesen, also auf die Analogie und die natürlichen Rechtsgrundsätze. Dass dieser Weg nicht geebnet ist, ist nicht schwer einzusehen. Was für Gedanken uns bei dieser Ergänzung des bestehenden Rechts leiten, was wir als Ziel und Massstab des Rechts ansehen, haben wir bereits angedeutet.

Um die Fragen präziser zu fassen, muss man den Bau und Structur des Vertrags näher in Betracht ziehen.

Über die Qualität der Rechtsfolgen entscheiden beim Vertrag:

1. Das äussere Auftreten, Benehmen, Verhalten des Handelnden dem Mitkontrahenten gegenüber, ein durch bestimmte Zeichen (Sprache, Schrift, Geberden) erkennbares geschäftliches Auftreten, welches sich jedem objectiven Beobachter, jedem unbefangenen Dritten als Kundgeben und Ersichtlichmachen eines bestimmten typischen Willens- oder Vorstellungsmoments darstellt.

2. Gewisse Vorstellungs- und Willensmomente der Contrahenten als solche (ohne Manifestation).

3. Innere Seelenzustände der Contrahenten.

4. Vorangehende und begleitende Umstände.

5. Verhältnisse der Parteien und dgl.

Werden zum Vertragsabschluss Nebenpersonen zugezogen, dann kommen Willens- und Vorstellungsmomente des Prinzipals einerseits und der Nebenpersonen andererseits in Betracht.

Es fragt sich nun: Wer beschafft den äusseren Thatbestand des Vertrags, das äussere geschäftliche Auftreten, der Prinzipal oder Gehilfe, oder beide zugleich?

Hat das geschäftliche Auftreten des Gehilfen als solches ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe den Willens- und Vorstellungsmomenten des Prinzipals entspricht, rechtliche Bedeutung für den letzteren?

Welche Bedeutung haben die inneren Willens- und Vorstellungsmomente des Prinzipals einerseits und der Mittelsperson andererseits dem geschäftlichen äusseren Auftreten des einen und des anderen gegenüber?

Welche Bedeutung haben sonstige Bewusstseins- und Seelenzustände der Gehilfen?

Ist auf die Verhältnisse der Hilfpersonen auch Bedacht zu nehmen?

Eine zweite Frage betrifft nicht die Vertragslehre, sondern gemäss dem Schema der herrschenden Lehre über die Obligierungsgründe „Contract-Delict“ die Delictslehre.

Haftet der Prinzipal für dolus und culpa der Gehilfen, deren er sich bei der Abschliessung von Verträgen bedient?

Hierorts unterziehen wir jedoch nur die Bewusstseinszustände und Willensmomente näherer Betrachtung, die weiteren Fragen wie Bedeutung des Zwangs, Betrugs, Verschuldens sind wir gezwungen, im zweiten Theil dieser Abhandlung zu besprechen.

Begriff und Eintheilung der Hilfspersonen.

Der wirthschaftende Mensch kann nicht auf eigene Kräfte verwiesen werden; er muss vielmehr sich auch der Mithilfe anderer bedienen. Gründe und Zwecke können verschiedener Natur sein. Umfang der Wirthschaft, Unkenntniss, Mangel an Erfahrung, Unfähigkeit, Verhinderung, Bequemlichkeit (fr. 1 §. 2 D. de proc. et defens 3.3.) und andere Gründe bewegen ihn den Betrieb seiner Wirthschaft an andere zu überweisen. Die von ihm zu diesem Zweck bestellten Personen handeln in seinem oekonomischen Interesse, befriedigen seine eigenen Bedürfnisse, er macht sich seine Handlungen zu nutze. Die Verkehrsbedürfnisse haben unsere Rechtsinstitute hervorgerufen und von ihnen werden die letzteren beherrscht. Das Bedürfniss nach Erweiterung, Ausdehnung und Vervollkommnung des eigenen Wirkens hat die Zuziehung von Hilfspersonen unentbehrlich gemacht. Dadurch wird Leistungsfähigkeit, Productivität der Wirthschaft gehoben und durch diesen eminenten Vorthail wird der Nachtheil einer verminderten Verkehrssicherheit beseitigt.

Die Folgen der Thätigkeit von Hilfspersonen pflegt man gewöhnlich durch den Satz auszudrücken: „Die Hilfspersonen handeln so dh. mit denselben rechtlichen Folgen, als hätte der Prinzipal selber gehandelt“. In seiner Allgemeinheit ist dieser Satz unrichtig und sowohl das Recht als auch das Leben straft ihn Lüge. Vom oekonomischen Standpunkte aus kann gewiss die Thätigkeit des einen nicht dieselben Resultate ergeben, wie die des anderen. Sehr oft bezweckt gerade die Bestellung und Verwendung von Hilfspersonen wirthschaftlich bessere Handlung, vollkommenere Besorgung von Geschäften.

Man denke Z. B. an einen geschäftsunkundigen Prinzipal, der zum Betrieb seiner Wirthschaft einen sachkundigen Verwalter bestellt. Dies im Leben.

Die Rechtsordnung hat keinen Grund an Rechtsgeschäfte des einen andere Rechtswirkungen anzuknüpfen als an Rechtsgeschäfte eines anderen.

Dies verlangt die Idee der Gleichheit im Angesicht des Rechts. Wird nun der gleiche objective Thatbestand von A oder von B hergestellt, dann treten die nämlichen Rechtsfolgen ein. Insoferne aber die Rechtsordnung auch an gewisse Eigenschaften und Individualitäten der Handelnden rechtliche Folgen knüpft, müssen die Rechtsfolgen auch hier verschieden sein.

Es kann vorkommen, dass der Prinzipal in gutem, die Hilfsperson in bösem Glauben sich befindet, dass der erstere von gewissen Umständen Kenntniss hat, der letztere nicht oder umgekehrt -- dann entsteht die Frage, ob trotzdem Rechtsfolgen die nämlichen sein sollen, wie beim Handeln des Prinzipals oder nicht, ob also im allgemeinen der Satz, die Hilfspersonen handeln so, als hätte der Prinzipal selber gehandelt, zu bejahen oder zu verneinen sei.

In wie ferne dieser Satz richtig ist, zeigt diese Abhandlung.

Mittelspersonen, Hilfspersonen, Nebenpersonen, Gehilfen beim Vertragsabschluss sind diejenigen Personen, welche den Kontrahenten in irgend einer auf Vertragsabschluss sich beziehenden Handlung vertreten. In dieser Eigenschaft können sie alle Vertreter genannt werden. Der Ausdruck Stellvertreter umfasst also sämtliche Hilfspersonen; im engeren Sinne wird aber unter Vertreter nur eine besonders qualifizierte Hilfsperson verstanden.

Handlungen, welche beim Vertragsabschluss vorkommen, können verschiedener Art sein: Vorverhandlungen, Bestimmung des Vertragsinhalts, Aufzeichnung desselben, Abgabe von Vertragserklärungen, Beförderung derselben etc.

Sämmtliche auf das Rechtsgeschäft sich beziehende Handlungen lassen sich in zwei Gruppen theilen: 1) Vorbereitungshandlungen. Dazu gehören Verhandlungen vor dem

Abschluss des Vertrags, Verfassung der Vertragsurkunde, Bestimmung der Vertragsbedingungen und d. gl. 2) Handlungen, die sich auf den Austausch gegenseitiger Vertragserklärungen beziehen: Abgabe der Vertragserklärung, Beförderung derselben etc. Nach Art und Charakteristik dieser Handlungen, lassen sich die Nebenpersonen in mehrere Gruppen scheiden:

1. Der Stellvertreter, der das Rechtsgeschäft im Namen und Interesse des Prinzipals abschliesst. Er absorbiert in sich alle anderen Hilfspersonen, ist Geschäftsvermittler, Concipient, Bote zugleich.
2. Bote, wenn dieser auch in Bezug auf unser Problem vom Stellvertreter zu unterscheiden ist. Wir werden aber im ferneren beweisen, dass der Bote wenigstens in Bezug auf unsere Probleme vom Stellvertreter gar nicht zu unterscheiden ist.
3. Concipient Verfasser der *lex contractus*: Advocat, Anwalt, Notar, Correspondent eines Kaufmanns. Diese Personen haben die Vertragsbestimmungen präciser zu fassen. Ihre Handlungen sind in so ferne selbständig, als sie den Vertragsparteien, die für sich allein nicht im Stande sind sämtliche Modalitäten der Verabredung vor Augen zu halten, (man möchte sagen) suggeriren, dieselben in gemeinverständlicher Sprache erklären und in juristischer Form verfassen.
4. Geschäftsvermittler. Hieher gehören Unterhändler, Vermittler, Mäkler, Agent einer Versicherungsgesellschaft etc.
5. Hilfshandlungen behufs Abgabe gegenseitiger Willenserklärungen. Hieher gehören unter anderen Kommunikationsanstalten: Post, Telegraph, Telephon, sodann Briefträger.
6. Andere Gehilfen: Schreiber, Dolmetscher etc.

Nach dieser Aufzählung der Hilfspersonen handelt es sich vor allem darum, nach wesentlichen Kriterien die verschiedenen Arten zu gruppieren und zwar je nach der Intensivität der Einwirkung, der rechtlichen Erheblichkeit ihrer Handlungen für das Rechtsverhältniss der Kontrahenten. In der

That fehlt es in der gemeinrechtlichen Lehre an Versuchen nicht, die Hilfspersonen nach Mass und Intensivität der Bedeutung, welche ihren Handlungen zukommt, zu unterscheiden.

Ihering (Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte Jahrb. f. Dogm. I. S. 273 fg.) unterscheidet: 1) factische Mitwirkung; 2) juristische Mitwirkung (Theilnehmer, Gehilfe, Ersatzmann, Stellvertreter.) Diese Eintheilung baut Ihering auf der Unterscheidung zwischen juristischen und factischen Elementen einer juristischen Handlung. Unter juristischen Elementen versteht er diejenigen, welche den Thatbestand einer juristischen Handlung bilden, so dass ohne ihr Vorhandensein von einer juristischen Handlung gar nicht die Rede sein könnte. Diese Unterscheidung soll den Charakter der Wirkung bestimmen. Daraus zieht Ihering wichtige Consequenzen: „Der Bote sei bloss ein Sprachrohr, Secretär, Correspondent eines Kaufmanns bloss Schreibmaschine. Sie seien bloss communicative Instrumente und bleiben dem Rechtsgeschäft völlig fremd. Darum komme es auf ihr Wissen, Nichtwissen, bona, mala fides, Verständniss der Worte nicht an und können aus dem Rechtsgeschäft nicht verpflichtet werden (S. 279).“

Diese Deduction enthält jedoch eine *petitio principii*; Ihering dreht sich im Zirkel. Warum ist ihre Mitwirkung factisch? Weil sie keine rechtliche Wirkung hat, insbesondere weil es auf ihr Wissen, Nichtwissen, bona, mala fides etc. nicht ankomme. Warum hat ihre Mitwirkung keine rechtliche Wirkung, warum kommt es auf ihr Wissen, Nichtwissen, bona, mala fides nicht an? Weil ihre Mitwirkung bloss factisch ist.

Statt nach wesentlichen Kriterien den Charakter der Handlung zu bestimmen, wird dieselbe auf Grund äusserer Merkmale von vornherein als juristisch irrelevant bezeichnet und dann wird aus dieser rechtlichen Unerheblichkeit weiter auf das zu Beweisende deducirt. Was zu beweisen ist, wird vorausgesetzt. Factisch ist eine Handlung bloss dann, wenn sie keine rechtlichen Wirkungen hat. Um also eine Handlung als eine factische zu bezeichnen muss man darthun, dass sie keine Wirkungen hat.

Ob und in wieferne die Handlung einer Hilfsperson juristische Handlung ist d. h. rechtliche Wirkungen erzeugt, wird wohl nur aus dem Wesen und Zweck des entsprechenden Rechtsinstituts aus den Lebens- und Verkehrsbedürfnissen deducirt werden können. Der Umstand ob diese Handlung an sich ein juristisches oder factisches Element ist, ist hier nicht bestimmend.

Handlungen, die sonst rechtlich unerheblich sind, können unter gewissen Voraussetzungen juristische Bedeutung haben und umgekehrt können Handlungen, welche regelmässig einen juristischen Charakter haben, unter Umständen auf rein factische Bedeutung reducirt werden. (Lab and Zeitschr. f. Handelsr. X. S. 191. 192.) Ohne Zweifel gehört Willenserklärung zu den par excellence juristischen Elementen der Handlung. Dann müsste die Thätigkeit eines Dolmetschers, der ja Willenserklärung dem anderen Kontrahenten gegenüber in die Aussenwelt setzt, auch juristischen Charakter haben. Die Form gehört bei formellen Rechtsgeschäften ebenfalls zu den juristischen Elementen der Handlung; wer sie beschafft, nimmt juristische Handlung vor. Dann wäre auch die Handlung eines Schreibers juristische Thätigkeit. (Unger System II. S. 130 N. 3.) Dagegen würde der Irrthum des Boten, Schreibfehler des Correspondenten keine Bedeutung haben, weil sie ja bloss factische Handlung vornehmen. Indessen verhält sich die Sache doch anders. Hat der Bote den Auftrag unrichtig ausgeführt, die Willenserklärung verunstaltet, hat ferner der Schreiber einen Fehler in der Urkunde gemacht, der Makler durch falsche Angaben den Mitkontrahenten irregeführt, dann sind diese Handlungen von besonderer rechtlicher Tragweite. Der Umstand also, ob die Handlung der Hilfsperson an sich juristisches oder factisches Element eines Rechtsgeschäfts ist, kann über den Charakter derselben nicht entscheiden.

Ihering's Begriffsbestimmung und Eintheilung theilt im Wesentlichen auch Zimmermann (Stellvertretende negotiorum gestio S. 68. N. 105); er fügt jedoch eine nähere Erklärung beider Arten von Mitwirkung hinzu. Rein factische Mitwirkung sei jede Thätigkeit ausserhalb eines Rechtsgeschäfts; juristische Mitwirkung sei jede Thätigkeit innerhalb

des Rechtsgeschäfts. Es ist darüber kein Wort zu verlieren, dass diese Erklärung ihrerseits noch einer weiteren Erklärung bedarf. Nach welchen Kriterien soll der Umstand beurtheilt werden, ob eine Handlung innerhalb oder ausserhalb eines Rechtsgeschäfts geschieht. Soll dadurch die rechtliche Erheblichkeit oder Unerheblichkeit verstanden werden, so wäre es eine Erklärung idem per idem. Soll aber die Thätigkeit innerhalb des Rechtsgeschäfts diejenigen Handlungen bezeichnen, die sich auf den Austausch gegenseitiger Willenserklärungen beziehen, dann wäre nicht einzusehen, warum die Thätigkeit des Briefträgers ausserhalb des Rechtsgeschäfts fallen soll. Andererseits wäre es unerklärlich, wie der Konsens des Kurators, der Behörde, oder des Eigenthümers zur Veräusserung der Sache durch einen Nichteigenthümer eine Handlung innerhalb des Geschäfts genannt werden könne, da dies vielmehr selbständige vom Hauptgeschäft verschiedene und zu demselben hinzutretende Willensäusserungen sind; dies ist um so mehr befremdend, als Zimmermann dieselben als Handlungen ausserhalb des Hauptrechtsgeschäfts bezeichnet.

Auch Gareis (Vertrag zu Gunsten Dritter S. 5—10) theilt die Hilfspersonen in juristisch und factisch mitwirkende ein, gibt aber dieser Eintheilung ein anderes principium divisionis. Da der Wille der Kern das Wesentlichste am Rechtsgeschäft ist, so ist die Mitwirkung dann eine *essentielle*, wesentliche, wenn der Mitwirkende seinen Willen als eigenen Willen abgiebt, sonst ist sie bloss eine unwesentliche, zufällige *accidentelle*. Was bedeuten aber die Ausdrücke *accidentell*, zufällig, und *essentiell*, wesentlich?

Soll dies bedeuten, dass wesentlich diejenige Handlung ist, welche rechtliche Wirkung hat, zufällig unwesentlich diejenige, welche rechtlich ausser Betracht kommt, so sehen wir keinen Grund, warum die Bezeichnung „factische“ und „juristische“ Mitwirkung durch sie vertreten werden müsste.

Als Kriterium für die Eintheilung der Hilfspersonen in factisch und juristisch Mitwirkende hebt Gareis den Umstand hervor, ob sie den Willen als eigenen Willen erklären. Je nachdem der von ihnen erklärte Wille ihr eigener oder fremder Wille ist, soll ihre Mitwirkung eine juristische oder facti-

sche sein. In wie ferne dieses Kriterium zuverlässig sein kann, werden wir bei Besprechung des Unterschiedes zwischen dem Stellvertreter und Boten erörtern.

Wir geben vollständig zu, dass vor allem ein solches principium divisionis Beachtung verdient, wodurch rechtliche Erheblichkeit der Hilfshandlungen dargethan wird. Es muss ein Grund gefunden werden, wodurch die Handlungen rechtliche Relevanz erlangen und darnach sind die verschiedenen Arten von Hilfspersonen zu gruppieren.

Auf die Frage, ob Willens- und Vorstellungsmomenten und inneren Seelenzuständen der Mittelspersonen rechtliche Bedeutung zukommt, lässt sich nur dann antworten, wenn es feststeht, warum dieselben überhaupt rechtliche Wirkung haben können. Den Willens- und Vorstellungsmomenten und inneren Seelenzuständen kann nur insoferne rechtliche Relevanz zukommen, als sie entweder ausdrücklich dem Gegner manifestirt sind oder doch auf irgend welche Art erkennbar sind. Nur weil und insoferne sie dem Gegenpart als solche erscheinen, sind sie im Stande im gesellschaftlichen Leben Wirkungen hervorzurufen, und nur dann, wenn sie im Leben, in den gegenseitigen Beziehungen der in Gemeinschaft lebenden Menschen erheblich sind, kann die Frage aufgeworfen werden, welche rechtliche Wirkung sie in der Rechtswelt erzeugen sollen. Wenn ihnen im Leben keine Bedeutung zukommt, wenn sie in gegenseitigen Beziehungen und Verhältnissen der Menschen keine Veränderungen hervorrufen, dann haben sie für die Rechtsordnung keine Bedeutung.

Demgemäss werden bloss jene Willens- und Vorstellungsmomente der Hilfspersonen in Betracht zu ziehen sein, welche dem Dritten manifestirt wurden oder sonst erkennbar sind. Die erste Bedingung, ist dass die Gehilfen dem Mitcontrahenten gegenüber geschäftlich auftreten, dass sie mit ihm in directe Beziehung, in unmittelbaren Contact treten. Bereits dadurch, dass sie dem Mitcontrahenten gegenüber als Handelnde, als geschäftlich auftretende Personen erscheinen, bewirken sie, dass er ihre Seelenzustände, Verhältnisse Willensmomente bei Abschluss des Vertrags mit in Betracht zieht und darnach seine Handlungen richtet.

Das charakteristische Merkmal für den Vertragsabschluss durch Mittelspersonen finden wir gerade darin, dass an der äusseren Handlung, an der Beschaffung des objectiven Thatbestands der Prinzipal und die Gehilfen theilnehmen. Nach Art und Umfang dieser Theilnahme und nach der Wirkung derselben für den Prinzipal charakterisirt sich der Unterschied zwischen verschiedenen Arten von Gehilfen.

Unter den oben aufgezählten Hilfspersonen gibt es solche, die dem Dritten gegenüber gar nicht auftreten, die mit ihm in gar keine Berührung kommen, wohl aber Ursache eines bestimmten Auftretens des Prinzipals bilden und insoferne kommen ihre Handlungen in Betracht. So z. B. Concipient, Schreiber; sie treten dem Dritten gegenüber gar nicht auf, kommen als solche mit ihm in gar keinen directen Contact.

Der Concipient und Schreiber kommen überhaupt nur insoferne in Betracht, als sie den Grund für ein bestimmtes Auftreten des eigentlichen Contrahenten bilden.

Nur bei denjenigen Gehilfen, welche dem Gegentheil gegenüber auftreten, mit ihm in unmittelbare Beziehung, in directen Contact treten, sind die Willensmomente und Seelenzustände derselben erheblich, bei den anderen nicht.

Prinzip der Haftung und dessen Begründung.

Im allgemeinen bezeichnet der Ausdruck „Haftung“ jede Verpflichtung ohne Rücksicht auf ihren Grund. Man spricht jedoch von Haftung in besonderer Bedeutung, im engeren Sinne. Als Verpflichtungsgründe zählt die herrschende Lehre immer noch gemäss dem römischrechtlichen Schema den Willen und das Verschulden auf und lehnt die übrigen Obligirungsgründe an den Willen (*obligationes quasi ex contractu*), oder an das Delict (*obligationes quasi ex delicto*) an. In allen Fällen, wo sich die Verpflichtung nicht durch den Willen oder das Delict begründen lässt, wobei man an andere Gründe denken und nach anderen Ursachen suchen muss, spricht man von der Haftung. Das oesterr. allg. b. Gesetzbuch führt in diesen Fällen die Verpflichtung auf das Gesetz zurück, als wenn nicht sämtliche Obligationen im Gesetz ihren Grund hätten!

Das charakteristische Merkmal des Geschäftsabschlusses durch Gehilfen finden wir darin, dass hier die Wirkungen, welche die Rechtsordnung an ein bestimmtes geschäftliches Auftreten knüpft, den Prinzipal treffen, der Gehilfe dagegen wenigstens von Vertragswirkungen (nicht auch von Delictswirkungen) frei bleibt. Die Frage ist nun, unter welchen Voraussetzungen der Prinzipal dadurch getroffen wird?

Bekanntlich findet die herrschende Lehre den Grund und Umfang der Vertragswirkungen im übereinstimmenden, auf diese Vertragswirkungen gerichteten Willen des Berechtigten und Verpflichteten (Consens). In Anwendung auf den Vertragsabschluss durch Hilfspersonen bedeutet dieses Prinzip: Die Vertragswirkungen treffen den Prinzipal, weil und in wie ferne dieselben von ihm gewünscht sind.

Die Frage, ob den Prinzipal nicht auch Wirkungen über seinen Willen hinaus treffen sollen, ist die herrschende Lehre geneigt, im Prinzip zu verneinen, insoferne sie in der Annahme einer „unbestimmten Absicht“ oder in anderen Fictionen keine genügende Aushilfe findet. Sobald nun die Frage aufgeworfen wird, ob den Prinzipal nicht auch die ihm unerwünschten und von ihm nicht gewollten Rechtsfolgen treffen sollen, so kann der Grund für die Entscheidung dieser Frage nicht in seinem Willen gesucht werden, denn ein solcher existirt in der That nicht, sondern in anderen Rücksichten und Umständen, die vielleicht mit dem Willen in gar keinem Zusammenhang stehen. Daraus ergibt sich zugleich, dass der Wille ein unzureichender Rechtsgrund des Vertrags ist, dass der letztere vielmehr anderswo zu suchen ist.

Sind die Vertragswirkungen an das äussere Benehmen und Verhalten, an das geschäftliche Auftreten angeknüpft, so wird von der Haftung dann die Rede sein, wenn die an das geschäftliche Auftreten der Gehilfen geknüpften Rechtsfolgen den Prinzipal auch trotz Mangel seines Willens treffen.

Zwei Fragen müssen hier jedoch berührt werden: 1) die Frage nach den Quellen der Abweichung des geschäftlichen Auftretens vom Willen des Prinzipals 2) die Frage nach der inneren Begründung der Haftung überhaupt.

I. Unrichtig scheint uns die herrschende Lehre zu verfahren, indem sie die Rechtsfolgen des auf Grund einer generellen Vollmacht abgeschlossenen Vertrags auf den Willen zurückführt und zwar durch Annahme einer unbestimmten generellen Absicht ¹⁾ dh. eines auf jedes beliebige Object gerichteten Willens unter gleichzeitiger Angabe eines Zeichens, wodurch sich diese Unbestimmtheit in Bestimmtheit verwandeln kann. Diese Absicht soll sich richten auf eine ganze Reihe weder individuell noch der Art nach vorgestellter Rechtsfolgen. Bei der generellen Vollmacht richtet sie sich auf jede einzelne Rechtsfolge, welche der Bevollmächtigte für den Vertretenen beabsichtigen wird. Ist dies möglich und denkbar? Psychologisch ist das Wollen ohne Vorstellung des Gewollten geradezu undenkbar. Gewollt kann höchstens die Uebernahme aller Pflichten und Rechte sein, welche sich an das Auftreten des Bevollmächtigten richten, die Haftung als solche, niemals aber diese Rechte und Pflichten. Ist die Rechtsfolge auch dann gewollt, wenn ich zwar generelle Vollmacht ertheile, dabei aber an eine bestimmte, wenngleich ungenau vorgestellte Ausführungsart denke und dieselbe wünsche, ja sogar annehme, dass mein Vertreter in demselben Sinne handeln wird, mein Stellvertreter aber etwas ganz anderes zu Stande bringt? Dann wäre die unbestimmte Absicht ein Eventuell-Wollen, eine Fiction des Willens. Dann treffen den Prinzipal rechtliche Wirkungen nicht, weil er sie will, sondern, obgleich und trotzdem er dieselben nicht will und obgleich sie mit seinen Lebens- und Vermögensverhältnissen in keinem Zusammenhang stehen. Uns scheint angemessener auch hier nur von der Haftung in unserem Sinne zu sprechen, und zwar aus unten zu erörternden Gründen. Die Abweichung des geschäftlichen Auftretens vom Willen des Prinzipals kann verschiedene Quellen haben.

1. Die Art des geschäftlichen Auftretens ist vom Prinzipal nicht vorgeschrieben worden (generelle Vollmacht), sondern dem freien Ermessen der Mittelsperson anheimgestellt. Die letztere hat aber das Vertrauen getäuscht.

¹⁾ Zitelmann: Irrthum und Rechtsgeschäft S. 515 fg.

2. Die Art des geschäftlichen Auftretens ist vom Prinzipal ausdrücklich vorgeschrieben, wurde jedoch von der Mittelsperson unrichtig aufgefasst und infolge unrichtiger subjectiven Auffassung auch unrichtig ausgeführt.

3. Die Art des äusseren Auftretens ist vom Prinzipal ausdrücklich vorgeschrieben, ist jedoch von der Mittelsperson unwillkürlich und unwissentlich nicht eingehalten worden.

4. Die Art des äusseren Benehmens ist vom Prinzipal ausdrücklich vorgeschrieben; ist jedoch wissentlich und absichtlich von der Mittelsperson nicht eingehalten worden.

Wir sehen, dass die Abweichung des äusseren Auftretens vom inneren Willen des Prinzipals dann erfolgt, wenn ein subjectives Moment der Mittelsperson hinzutritt. Die Frage über die Haftung des Prinzipals für das äussere Benehmen der Gehilfen ist also identisch mit der Frage: Haftet der Prinzipal für die subjectiven Momente der Gehilfen, in soferne dieselben beim Geschäftsausschluss überhaupt in Betracht kommen? Welche subjectiven Momente beim Geschäftsabschluss erheblich sind, lässt sich weder abstract feststellen noch erschöpfend aufzählen. Dies kann nur exemplificativ erörtert werden. Uns interessiren am meisten das Wissen, Nichtwissen, bona, mala fides, Wille, Willensbestimmung, Irrthum, Zwang, Betrug.

Für die anderen Momente, welche mit dem geschäftlichen Auftreten der Mittelsperson im Zusammenhang stehen, findet die Analogie ihre Anwendung.

II. Unsere Rechtsinstitute haben die Verkehrsbedürfnisse in's Leben gerufen und die letzteren beherrschen sie auch. Ebenso postuliren die Verkehrsbedürfnisse entschiedene Haftung des Prinzipals für Handlungen und Auftreten seiner Gehilfen. In welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen die Haftung zu statuiren sei, lässt sich nicht abstract bestimmen und muss wohl bei einzelnen Rechtsverhältnissen abgesondert erörtert werden.

Dagegen findet die postulirte Haftung nur in socialen Bedürfnissen des Verkehrs innere Begründung. Welches sind diese Bedürfnisse des Verkehrs, die bei fraglichen Rechtsverhältnissen den Ausschlag geben?

Die wichtigsten sind *a)* Einfachheit der Form, Erleichterung des Verkehrs, *b)* Sicherheit und Zuverlässigkeit.

Erfordernisse, welche der ersten Eigenschaft genüge leisten, stehen oft im Widerspruch mit den für die andere postulirten Erfordernissen.

Die Form hebt ohne Zweifel in bedeutendem Masse die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs. Es wäre z. B. für die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs das Zweckmässigste nur auf Grund schriftlicher Vollmacht (wie im preussischen Landrecht) zu kontrahiren. Dies würde jedoch den Verkehr schwieriger, complicirter machen.

Das römische Recht hat in seiner Entwicklung von dem Formprinzip nachgelassen und die neueren Gesetzgebungen halten an der Formlosigkeit fest, fordern die Form bloss da, wo sie aus Verkehrsrücksichten nothwendig ist. Das oesterreichische Privatrecht fordert schriftliche Vollmacht nicht; der Bevollmächtigungsvertrag kann auch mündlich eingegangen werden.

Ebenso würde sich in Bezug auf die Verkehrssicherheit die rücksichtslose Erkundigungspflicht des Dritten nach der Existenz und dem Inhalt der Vollmacht empfehlen und zwar nicht nur bei dem Bevollmächtigten, sondern auf jede mögliche Art und Weise und dürfte sodann jede Unterlassung der gehörigen Erkundigung ein Verschulden nach sich ziehen — dies würde jedoch den Verkehr verzögern, in Stockung bringen, oft sogar direct dem Zweck der Zuziehung von Mittelspersonen widersprechen.

Sicherheit des Verkehrs verlangt, dass sich Jedermann müsse verlassen dürfen, das an ihn gerichtete und von ihm angenommene Angebot habe den objectiven Sinn, welcher nach Durchschnittsmassstab dergleichen Erklärungen im gesellschaftlichen Leben beigelegt zu werden pflegt oder der Andere werde dem von ihm ausgegangenen Angebot ebendieselbe objective Bedeutung und objectiven Sinn beimessen. In soferne ist die Verkehrssicherheit im Sinne Winscheid's¹⁾ ein zweischneidiges Schwert. Dagegen kann weder der Er-

¹⁾ Wille und Willenserklärung Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 79.

klärende verlangen, dass er sich müsse verlassen dürfen, sein geschäftliches Auftreten müsse in jenem Sinne genommen werden, welchen er dadurch ausgedrückt haben wollte, noch der Anerklärte kann das Verlassen-Dürfen verlangen, dem geschäftlichen Auftreten des Gegentheils denjenigen Sinn beizumessen, den er nach seiner individuellen Auffassung eben diesem Auftreten in diesem concreten Fall beigelegt hat. Die Sicherheit des Verkehrs ist dahin auszulegen, dass sich beide Parteien müssen verlassen dürfen, dass ihr beiderseitiges geschäftliches Auftreten nach objectivem durchschnittlichem Massstabe beurtheilt für beide gleichmässig gelte und dieser objectiven Bedeutung angemessene Rechtsfolgen erzeuge.

Die Verkehrssicherheit kann auf verschiedene Weise gefördert werden 1. durch Form, 2. durch Schutz der *bona fides*. Der gute Glaube ist aber bloss Motiv, nicht Form des Verkehrsschutzes. Ihren Ausdruck findet *bona fides* darin, dass den Parteierklärungen der objective Sinn beigelegt wird, den einer solchen Handlung jeder objective Beobachter und Interpret, jeder unvoreingenommene Dritte nach Durchschnittsregeln der Lebensauffassung beizulegen pflegt. Jede individualistische Meinung und Auffassung soll eliminirt werden. Ist aber dies der Fall, dann muss derjenige, der sich einer Mittelsperson bedient, nach Massgabe der objectiven Bedeutung und Auslegung des geschäftlichen Auftretens der Mittelsperson auch dann berechtigt und verpflichtet sein, wenn seine individualistischen Willens- und Vorstellungsmomente diese Auslegung und Bedeutung nicht zulassen.

Die *bona fides* verlangt bei diesen Verhältnissen um so mehr rechtlichen Schutz, als wir hier mit speziellen Verhältnissen zu thun haben. Zwischen dem Prinzipal und der Mittelsperson entsteht eine Art von Vertrauensverhältniss. Dieses Vertrauensverhältniss bildet das eigentliche Motiv, welches die Gegenpartei bewegt sich mit dem Gehilfen überhaupt einzulassen. Sie ist vollkommen berechtigt anzunehmen, dass der Gehilfe dem ausdrücklichen Wunsche des Prinzipals gemäss und in gehöriger Würdigung seiner Interessen und Bedürfnisse handelt, andererseits dass der Prinzipal alles, was

seine Vertrauensperson in seinem Interesse thut, anerkennen wird. Wäre es anders, so finden wir keinen Grund, der den Mitcontrahenten bewegen möchte, sich mit dem Gehilfen überhaupt einzulassen. Schon wegen der berechtigten Annahme verdient er von der Rechtsordnung geschützt zu werden. Aber noch mehr. Auf Grund der Annahme, dass ein Vertrag wirklich zustande gekommen ist und zwar ein Vertrag mit Rechten und Verbindlichkeiten dem Prinzipal gegenüber, erfolgen Veränderungen in der Vermögenssphäre des Anerklärten. Sie bestimmt ihn weitere vermögensrechtliche Dispositionen zu treffen, über die erworbenen Rechte weiter zu verfügen, behufs Erfüllung von Verbindlichkeiten Vorkehrungen zu treffen. Kurz es reiht sich an diese Annahme eine ganze Kette von gesellschaftlichen Folgen. Lässt nun die Rechtsordnung den Prinzipal haften, so stärkt sie dieses Vertrauensverhältniss, ermöglicht die Verwendung von Mittelspersonen, fördert die allgemeine Verkehrssicherheit. Aber darin findet die Haftung auch ihre Grenzen. Kann der Dritte in Berücksichtigung der ihm bekannten oder doch als bekannt vorauszusetzenden Verhältnisse zwischen dem Prinzipal und Gehilfen einen begründeten Verdacht schöpfen, ob das erforderliche Vertrauensverhältniss bestehe, dann handelt er leichtsinnig und unbedacht und hat die Folgen seiner Nachlässigkeit sich selber zuzuschreiben, wenn sich hernach ausstellt, dass es in der That an jedem Vertrauensverhältniss zwischen dem Prinzipal und dem Gehilfen fehlt.

Im Interesse der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs muss die Haftung des Prinzipals für seine Gehilfen statuiert werden. Denke man sich den Zustand mit einem entgegengesetzten Prinzip dh. Prinzip der Nicht-haftung des Prinzipals für Handlungen seiner Mittelspersonen. Würde nun das äussere Verhältniss zwischen dem Prinzipal und Dritten nach Massgabe des inneren Verhältnisses zwischen dem Prinzipal und Gehilfen, dem gemäss, was sich zwischen dem Prinzipal und der Mittelsperson abspielt, beurtheilt, dann würde der Dritte als ordentlicher Geschäftsführer sich erst Gewissheit verschaffen müssen, dass die Mittelsperson wirklich zu einer solchen Handlung bevollmächtigt ist, er müsste sich

sowohl nach der Existenz als auch dem Inhalt der Vollmacht erkundigen und zwar nicht bloss durch Anfrage bei der Mittelsperson, sondern auf allen ihm zugänglichen Wegen. Dass dadurch der ganze Verkehr in Stockung gerathen würde, liegt auf der Hand. Oft würde es aber direct dem Zwecke der Zuziehung von Gehilfen widersprechen; so wenn es sich um Eile handelt, wenn der Prinzipal sich deshalb einer Hilfsperson bedient, weil er mit derartigen Geschäften nichts zu thun haben will. Wir meinen ja, dass beim entgegengesetzten Prinzip man nur zögernd und weigernd mit einer Mittelsperson sich einlassen würde, wenn nicht etwa der Prinzipal der Ermächtigung die Klausel beischliesst, für alle Handlungen des Gehilfen einstehen zu wollen. Was also nicht direct im Gesetze geregelt wäre, müsste auf indirectem Wege durch Parteivereinbarung erzielt werden. Dieses Stadium geht jede Rechtsentwicklung hindurch. Das Leben wartet nicht, bis der Gesetzgeber ihm die Formen schafft. Es entwickelt sich ausserhalb des Gesetzes, oft sogar gegen das Gesetz und nimmt constante Formen an. Wo das Gesetz die socialen Bedürfnissen nicht berücksichtigt, weiss sich der Verkehr durch Parteivereinbarungen auszuhelfen. Je häufiger je nothwendiger die letzteren sind, desto mehr wird dadurch das betreffende Verkehrsbedürfniss bestätigt, bis endlich directe Gesetzgebung das Regelmässige, Übliche sanktionirt.

Es handelt sich aber nicht bloss um das Individualinteresse eines einzelnen Contrahenten, um Schutz seiner guten Treue dem Handelnden gegenüber sondern um Schutz des Interesses der ganzen Klasse, eines Typus, des ganzen Publicums, welches dem Geschäftsmann gegenübersteht. Ja es geschieht sogar in wohl verstandenem eigenen Interesse des Handelnden. Es ist wohl zu bedenken, dass das Verhältniss zwischen dem Geschäftsmann und dem Publicum, welches sich durch Eingehung von einer Unmasse von Verträgen darstellt, im Kredit, Vertrauen des Publikums auf den Geschäftsmann seinen Grund findet, und dass er selber für die Zukunft bedacht für Handlungen seiner Gehilfen, seiner Angestellten einstehen wird, wenn er seinen Kredit nicht schädigen will. Wenn dies ihm sein Rechtsgefühl sagt, sein eigenes In-

teresse gebietet, warum soll es nicht Rechtens sein? Dagegen kann man nicht einwenden, dass dies bloss für das Handelsrecht gelten soll, denn zwischen dem Kaufmann, der gewerbemässig en masse Verträge eingeht und demjenigen der doch nur ein einziges Mal in Vertragsverhältnisse eintritt, besteht doch nur ein quantitativer Unterschied und man kann nicht sagen, was für die ganze Menge von Verträgen gelte, gelte nicht auch für einen einzelnen Vertrag.

Richtig bemerkt Puchta¹⁾, dass das ganze Rechtsinstitut etwas Künstliches, im Interesse des Verkehrs Geschaffenes und für die Sicherheit und Gewissheit der Rechtsverhältnisse Bedenkliches sei. Aber wir können der Meinung dieses Schriftstellers nicht beipflichten, wenn er als natürlichen Standpunkt einer Rechtsordnung betrachten will, dass wer durch Handlungen Rechte erwerben oder Pflichten übernehmen will, diese Handlungen selber vornehmen solle.

Noch weniger scheint uns die Ansicht Ihering's²⁾ gerechtfertigt, der die Verwendung von Mittelspersonen sogar als culpa in contrahendo anrechnet und das persönliche Handeln als Pflicht betrachtet, um sodann den Grund der Haftung auf das Verschulden zurückzuführen. Denn, wenn einmal die Rechtsordnung die Zuziehung der Gehilfen gestattet, kann sie nicht gleichzeitig dem Handelnden zur culpa anrechnen, wenn er dem Gesetze gemäss sich einer Mittelsperson bedient und ihn dafür strafen.

Wenn aber das Contrahiren durch Gehilfen für Verkehrssicherheit bedenklich ist, so ist es Sache der Rechtsordnung selbst, welche den Verkehrsbedürfnissen nachgehend das Rechtsinstitut sanktionirt hat, auch dafür zu sorgen, dass die Verkehrssicherheit darunter nicht leide. Es ist ihre Pflicht die collidirenden Interessen in vernünftiger Berücksichtigung und Erwägung der Umstände auszugleichen und Sorge zu tragen, dass keine Partei dadurch zu Schaden komme.

¹⁾ Vorlesungen I. §. 52.

²⁾ Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen Jb. f. Dogm. Bd. 4. S. 85.

Treffend bemerkt Frese ¹⁾: „Es ist völlig gerechtfertigt, dass wenn das Recht dem Erwerbe und der Speculation alle Thüren und Thore öffnet, es dem Speculanten auch die Verpflichtung auflegt, für die Handlungen seiner Erwerbsinstrumente dem mit denselben kontrahirenden Publicum gegenüber voll und ganz einzustehen“.

Erkundungspflicht.

Wir haben oben erwähnt, dass es für die Sicherheit des Verkehrs in bedeutendem Masse wünschenswerth wäre, dem Mitkontrahenten eine rücksichtslose Erkundungspflicht aufzuerlegen. Die Erkundungspflicht müsste dahin verstanden werden, dass der Mitkontrahent auf jede mögliche Art und Weise sich sowohl nach dem Vorhandensein als auch dem Inhalt der Vollmacht oder des Auftrags in dem Sinne, wie dies die herrschende Lehre auffasst, nach der Wirklichkeit und dem Inhalt des Willens des Prinzipals erkundigen sollte, und sich nicht früher auf das Vorhandensein und Inhalt derselben verlassen könnte, als wenn er alle ihm zugänglichen Erkundungsquellen erforscht hat; jedes Versehen, jede Unterlassung müsste ihm mithin als culpa angerechnet werden, die er sich selbst zuzuschreiben hätte. Dies würde jedoch einer Inquisition in die Verhältnisse des Prinzipals und der Gehilfen gleichen, könnte für alle an dem Geschäftsabschluss beteiligten Personen in hohem Masse lästig sein, ja sogar direct dem Zweck der Verwendung von Hilfspersonen widersprechen, wo sich um Eile handelt, oder wo der Prinzipal sich einer Hilfsperson nur deshalb bedient, weil er mit derartigen Geschäften sich gar nicht abgeben will. Es würde nur unnöthige Verzögerung und Stockung des ganzen Verkehrs herbeiführen und die Geschäftsleute vor allen Verhandlungen mit den Nebenpersonen abschrecken. Es gliche einer völligen Entwerthung des Prinzips eines aushilfsweisen Contrahirens. Die Aufbürdung einer rücksichtslosen Erkundungspflicht ist nicht zu rechtfertigen. Sie wird auch nirgends im positiven Rechte erfordert.

¹⁾ Zur gemeinrechtlichen Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung und Willensvertretung S. 23.

Deshalb wird die Erkundigungspflicht besonders von Thöl in dem Sinne beschränkt, dass der Dritte sich nicht unbedingt auf das Vorhandensein und Inhalt der Vollmacht, (des mit dem äusseren Auftreten übereinstimmenden Willens des Prinzipals) verlassen dürfe, er könne dies nur insoferne, als er nach eingeholter Erkundigung keinen Argwohn gegen den Bestand und Inhalt der Vollmacht schöpft. Thöl versteht die Erkundigungspflicht in dem Sinne, dass es dem Dritten obliege nachzuforschen, ob der Contract dem inneren Willen des Prinzipals entspreche, ob der Letztere etwa nicht Einschränkungen der generellen Vollmacht zugegeben hat. „Erkundigen soll sich der Dritte nach dem „Ob“ und „Wie“ der Vollmacht und zwar auf's peinlichste, denn die schuldloseste Unkenntniss in dieser Beziehung praejudicirt ihm. Erkundigen soll sich der Dritte bei dem ersteren jedoch nur dann, wenn die Aussagen und Angaben des Institors einen begründeten Verdacht erregen“ (Thöl Handelsrecht I. S. 182). Thöl beschränkt in der Regel die Erkundigungspflicht nur auf die Nachfrage bei der Mittelsperson; nur diese Forschungsquelle wird dem Dritten angewiesen. Erst wenn die Angaben der Mittelsperson einen begründeten Verdacht erregen, soll er sich auch bei dem Prinzipal erkundigen. Geben die Aussagen und Angaben der Mittelsperson zum Verdacht keinen Anlass „dann haftet der Prinzipal auf den Inhalt der vom Institor angegebenen und behaupteten Vollmacht, und wenn der Institor die erhaltene Vollmacht entstellt, so praejudicirt dies dem Prinzipal“. Denn „Treu und Glauben beherrscht das ganze Verhältniss, der Prinzipal vertraut dem Institor und muss daher sorgfältig bei der Wahl desselben sein und vertrauet dem Dritten, dass er den Institor überwache, jenes Vertrauen ist aber das überwiegende, entscheidende, denn der Dritte vertraut und darf vertrauen der Wahl des Prinzipals und daher dem Institor. (Thöl ebd. S. 184).

Uebrigens kommt diese auch beschränkte Erkundigungspflicht höchstens bei der mündlichen Vollmacht und bei dem mündlichen Auftrag zur Anwendung; wird dem Dritten eine schriftliche Vollmacht vorgezeigt, dann darf sich der Dritte schlechthin darauf verlassen, wenn ihm das Gegentheil nicht bekannt

war oder bekannt sein musste. Dies folgt schon aus grundverschiedener Behandlung der schriftlichen und mündlichen Vertragserklärungen. Die herrschende Lehre lässt den Vertreter auch dann haften, wenn er den Inhalt der Urkunde gar nicht gekannt und gewollt hat.

Bei der schriftlichen Vollmacht kommt es gar nicht darauf, ob der Aussteller vom Inhalt derselben richtige Vorstellung hatte und ob sein Wille wirklich darauf gerichtet war, es reicht aus, wenn seine Unterschrift echt ist. Aber auch bei der mündlichen Vollmacht (Auftrag) entspricht solche Erkundigungspflicht jedoch den Verhältnissen der Billigkeit und den Verkehrsbedürfnissen nicht und ist für alle am Vertragsabschluss Betheiligten lästig. Der Dritte muss sich auf die Angaben des Vertreters verlassen dürfen und soll in seinem Vertrauen geschützt werden. Im modernen Verkehr hat der Geschäftsmann nicht die Zeit und Lust Erkundigungen einzuholen. Dadurch würde sowohl er als auch der Prinzipal nachtheilig getroffen werden; besonders wenn sich um Schleunigkeit handelt, wo jede Zeit bedeutende Schwankungen im Preise bedeutet, würde derartige Einstellung und Hemmung des ordentlichen Geschäftsganges durch Aufbürdung der peinlichen Erkundigungspflicht nur den Verkehr in Stockung bringen. Die Sicherheit ist nicht das einzige Postulat des Verkehrs, sie darf auf Kosten der Erleichterung, der Schleunigkeit desselben nicht gefördert werden. Beiden Bedürfnissen muss gleichmässig abgeholfen werden. Es kommt noch dazu, dass im Vertragsschluss auf Namen des Prinzipals als solchem bereits die Behauptung und Angabe der Vertretungsbefugniss liege.

Derartige Erkundigungspflicht ist weder im römischen Recht noch in modernen Gesetzen begründet, am wenigsten im Handelsrecht. Im Gegentheil fordert das Handelsrecht, dass der Prinzipal den Dritten über die Aufhebung und Beschränkung der Vollmacht in Kenntniss setze. Sie legt dem Prinzipal die Pflicht auf, Sorge dafür zu tragen, damit diese Umstände zur Kenntniss des Dritten gelangen. (Vgl. Frese. Zur gemeinrechtl. Lehre von der Vermögensverwaltung und Willensvertretung S. 185).

Die Haftung des Prinzipals geht aber nicht so weit, dass er auch dann haften soll, wenn er gar keinen Willen geäußert hat, wenn überhaupt keine Vollmacht besteht.

Keineswegs ist die Erkundigungspflicht im Interesse des Verkehrs geboten, sie bezweckt vielmehr lediglich den Schutz und die Förderung des Individualinteresses des Prinzipals.

Mit eben solchem Recht und Fug könnte man behaupten, der Anerklärte soll sich Gewissheit verschaffen, dass die Erklärung des Gegners seinem wirklichen Willen entspreche, und habe sich darnach zu erkundigen.

Was würde dann aus dem Verkehr?

Die Stellvertretungskonstruktionen.

Die Lehre von der Stellvertretung erfreut sich in letzterer Zeit besonderer Pflege ¹⁾. Trotzdem sind die zahlreichen Probleme dieser Lehre nichts weniger als gelöst. Die aufgestellten Konstruktionen haben das gemein, dass sie auf aprioristisch deductivem Wege entstanden und gebaut ebenfalls durch Deduction die Probleme der Lehre zu lösen versuchen, ohne die besonderen Eigenthümlichkeiten der letzteren näher zu prüfen. Eine eingehende Prüfung der ganzen Lehre durch genaue Untersuchung einzelner Probleme wäre zu wünschen. Zur Lösung derselben gelangen wir aber keineswegs durch eine neue speculative Konstruktion, deren Nothwendigkeit und Brauchbarkeit überhaupt geleugnet wird, sondern durch eingehende Untersuchung einzelner Probleme in ihren besonderen Eigenthümlichkeiten. Wir wagen es nun durch Versuch der Lösung eines der Probleme der Stellvertretungslehre ein Ziegelchen zu dem riesigen Bau hinzuwerfen.

Die Konstruktions- und Speculationslust tritt an dem Rechtsinstitut der Stellvertretung am krassesten zu Tage; hier haben unsere Juristen das Mögliche geleistet.

Ob die Konstruktionen überhaupt nöthig und brauchbar sind, lässt sich die Frage nur unter der Bedingung bejahen, wenn dieselben aufhören dasjenige zu sein, was sie nicht sein sollen dh. meistens nichts als Versuche moderne

¹⁾ Vgl. Literatur bei Windscheid Pand. I. §. 76. ff.

dem römischen Rechtsleben unbekannte Rechtsinstitute mit Gewalt in das System des römischen Rechtes ohne Rücksicht darauf, ob dieselben dazu passen, oder nicht, einzuschachteln. Dies ist bei unserem Rechtsinstitut meistens der Fall. Wir beginnen mit der Darstellung und Kritik der Stellvertretungstheorien.

Die von Puchta - Vangerow aufgestellte Durchgangstheorie hält an dem Prinzip der Unzulässigkeit der Stellvertretung auch für das heutige Recht fest. Nach derselben entstehen die Wirkungen des vom Stellvertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfts zuerst in der Person des Letzteren und gehen dann mittelst besonderer Rechtsgeschäfte auf den Vertretenen über.

Dass sie im Prinzip eine Negation der Stellvertretung ist, darüber braucht kein Wort mehr verloren zu werden. Nach dieser Theorie gehen die aus dem vom Stellvertreter abgeschlossenen Verträge folgenden Rechte und Verbindlichkeiten als abgeleitete oder cedirte auf den Vertretenen über und zwar in diesem Umfange und Tragweite, wie sie vom Vertreter ohne jede Rücksicht auf den Vertretenen begründet wurden. Darnach kommt es bloss auf subjective Momente des Stellvertreters an, da diese über den Umfang der rechtlichen Wirkungen entscheiden und die letzteren prinzipiell in der Person des Vertreters entstehen. Das Rechtsverhältniss zwischen dem Vertretenen und Dritten ist identisch mit demjenigen zwischen dem Vertreter und Dritten, es ändern nur die Personen. Das Rechtsverhältniss behält das Willensgepräge überhaupt das gesammte subjective Gepräge des Vertreters, die Wirkungen bleiben unberührt.

Nach dieser Theorie kommt es natürlich bloss auf Seeenzustände, Willens- und Vorstellungsmomente des Vertreters an. Damit, dass dem Anerklärten auch der Vertretene als der eigentliche Interessent gegenübersteht und dass derselbe vor allem seine Lebens- und Vermögensverhältnisse, seine Interessen in Betracht zieht, rechnet diese Theorie gar nicht. Sie ist also im Prinzip verfehlt, denn sie enthält sämmtliche Thatbestandsmomente des Stellvertretungsvertrags nicht. Bereits längst im Abblühen begriffen hat diese Theorie neuerdings wiederum aufgeblüht und einen neuen

Bekenner in F r e s e gefunden. Dieser Schriftsteller benützt unrichtige Resultate der Repraesentationstheorie, um auf ihrem Grund und Boden unrichtige und bereits aufgegebenen Theorie aufzufrischen. Wir kommen im folgenden noch darüber zu sprechen.

Die beiden anderen Theorien concentriren das Rechtsgeschäft bald in der Person des Vertretenen bald in der Person des Prinzipals. Sie spielen mit dem Wort und Begriff „Kontrahent“ und wollen in der Entscheidung, wer der Kontrahent sei, Prinzipal oder Vertreter, die Lösung für sämtliche Probleme finden. Wenn aber im Normalfall die Handlung und Wirkungen in einer und derselben Person eintreten, und darnach der Normalbegriff „Contrahent“ bestimmt wird, kann dieser Begriff da nicht entscheiden, wo die Handlung und deren Wirkungen auf verschiedene Personen getheilt werden. Es fehlt eben an einem *tertium comparationis*. Es ist ganz selbstverständlich, dass die eine den Vertretenen, die andere den Vertreter als Contrahenten ansieht und darnach entscheidet. Und eben daraus folgt, dass sowohl die eine als auch die andere in ihrem Prinzip und Consequenzen verfehlt ist.

Die Theorie Savigny's ¹⁾ concentrirt das ganze Rechtsgeschäft in der Person des Vertretenen. Sie stellt sich auf den Standpunkt der Willenstheorie und behauptet, nur der eigene Wille ist im Stande rechtliche Wirkungen hervorzu- bringen (Hellmann, Canstein). Schliesst sodann: da Wirkungen nur in der Person des Vertretenen entstehen und dies nur sein eigener Wille zu Stande bringen kann, folglich ist er der Wollende, der Contrahent. Was der Stellvertreter thut, ist für ihn Etwas unjuristisches.

Andererseits aber verkennt diese Theorie die Bedeutung der Willens- und Vorstellungsmomente des Vertreters nicht, sondern fingirt dieselben als Willens und Vorstellungsmomente des Prinzipals (Dernburg S. 16 fg.). Sie behauptet,

¹⁾ Savigny Obl. Recht II. 557 fg. Ruhstrat Über Savigny's Lehre von der Stellvertretung; Scheurl Krit. Übersicht V. S. 335 Dernburg Heidelb. krit. Zft. I. S. 16 fg. Hellmann Stellvertretung S. 8—10. Canstein Busch Archiv f. H. R. S. 288 fg.

dass der Wille des Prinzipals diese sämtlichen Momente des Vertreters wie Wissen, Nichtwissen, bona, mala fides, Wollen, dolus und culpa in sich aufnehme. Damit ist nichts anderes gesagt als, dass eben diese Willens und Vorstellungsmomente des Vertreters für die Vertragswirkungen Bedeutung haben und dass der Prinzipal dafür haften muss. Dann aber ist es falsch, dass das Rechtsgeschäft nur aus der Person des Prinzipals zu beurtheilen sei, dass es sich in seiner Person concentrirte, und dass juristisch nur der Prinzipal handelt und er der eigentliche Contrahent sei. Treffend bemerkt Mitteis (S. 95), dass man doch in den allgemeinen Willen des Prinzipals nicht ohneweiters dolus oder culpa hineinlegen kann, umsomehr da ja culpa überhaupt kein Willenserzeugniss ist. Am weitesten geht in dieser Beziehung Hellmann. Er führt an (S. 153), dass der Prinzipal sich des Vertreters als Mittels seiner Willenserklärung bedient und daher für den Schaden haften muss, der ihm durch das Verhalten dieses Mittels zugeht.

Die als herrschend anerkannte Repraesentationstheorie, nach der nur der Stellvertreter der eigentliche Contrahent ist, sein Wille also für das Rechtsgeschäft und dessen Folgen massgebend ist, bedient sich einer Fiction und zwar entweder in Bezug auf den Willen d. h. der Wille des Stellvertreters wird als der Wille des Vertretenen rechtlich angesehen, fingirt (Unger System I. S. 137 N. 29), oder in Bezug auf die Wirkungen, d. h. der Wille des Stellvertreters erzeuge dieselben Wirkungen, als wäre es der Wille des Vertretenen (Laband Zft. f. HR. X. S. 226).

Gegen diese Theorie haben wir gerade die wichtigsten Bedenken. Zuerst reicht die Fiction des Willens nicht aus sie muss vielmehr weit ausgedehnt werden. Wenn die herrschende Theorie lehrt, dass die inneren Zustände lediglich aus der Person des Stellvertreters zu beurtheilen sind (so Windscheid Pand. I. §. 73 Text. N. 1. u. 18), so kann dieser Grundsatz keineswegs auf den fingirten Willen zurückgeführt werden. Denn dass Wissen, Nichtwissen, bona, mala fides, Willensmängel, Irrthum, dolus und culpa können unmöglich in dem fingirten Willen enthalten werden, da sie zuerst nicht im Willen des Stellvertreters enthalten sind öfters

sogar das Gegentheil von demselben sind, so ist z. B. der Irrthum eigentlich ein Nichtwollen. Dann müsste nothwendig diese Fiction ausgedehnt werden¹⁾. Es müsste mithin das Wissen, bona, mala fides, Irrthum, Verschulden neben dem Willen fingirt werden. Was durch eine solche allgemeine Fiction gewonnen würde, ist nicht einzusehen. Zumal haben Fictionen bloss systematischen und didaktischen Werth, sie erklären nicht, sondern gruppieren, sind nur klägliche Nothbehelfe und sollen möglichst bald aus der Wissenschaft weggeschafft werden.

Was aber vor Allem der Fictionstheorie vorzuwerfen ist, das ist das Abstrahiren des Willens von Interessen und Lebensverhältnissen desjenigen, für den insbesondere das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, Uebertragung des Schwerpunktes auf den Vertreter, der höchstens an dem Zustandekommen des Rechtsgeschäfts ein eigenes, selbständiges Interesse haben kann, nicht aber an den Wirkungen, an den Rechten, die dasselbe erzeugen soll. Dieses Abstrahiren des Willens von sämtlichen Lebensbedürfnissen und Interessen des Prinzipals ist überhaupt u. E. einer der grössten Irrthümer der herrschenden Lehre. Dies zeigt sich am schärfsten in der Lehre vom Irrthum und Rechtsgeschäft. Man beachtet nicht, dass der Gruud. warum die Rechtsordnung rechtliche Folgen an Rechtshandlungen knüpft in einem bestimmten Interesse des Handelnden, in seinen Lebensbedürfnissen in dem Streben nach deren Befriedigung, das die Rechtsordnung anerkennt und fördert, liegt. Der Wille erscheint bloss als Ausdruck dieses Interesses, als sein Spiegel. Die Loslösung des Willens von den ihm zu Grunde liegenden Lebensverhältnissen und Betrachtung des Willens als eines nackten psychischen Actes, wie sich derselbe in der

¹⁾ So Windscheid Pand §. 73 N. 16. b. „Als Willenserklärung des Vertretenen wird fingirt nicht die Willenserklärung des Vertreters sondern eine Willenserklärung wie die des Vertreters nicht bloss gleichen Inhalts, sondern eine Willenserklärung mit allen den Besonderheiten, welche die selbe aus dem Zustande des Inneren des Vertreters empfängt ein Stück Seelenleben von gleicher Beschaffenheit wie dasjenige, welches sich in dem Stellvertreter vollzog, als er die Willenserklärung abgab“. Dies bedeutet nichts anderes, als dass mit der Willenserklärung auch sämtliche Willens und Vorstellungsmomente und innere Seelenzustände mit fingirt werden.

Person seines Trägers des Vertreters vollzieht und fungiert, ist gänzlich verfehlt. Zu welchen Unzuträglichkeiten die consequente Durchführung der Theorie in dieser Hinsicht führt, zeigt sich am prägnantesten in der Lehre vom Irrthum bei der Stellvertretung. Sämmtliche Stellvertretungskonstruktionen und Theorien basiren auf dem Willensprinzip¹⁾. Bei dem heutigen Stand der Wissenschaft, wo die Vertragslehre nicht mehr ausschliesslich auf der Willensthe-

¹⁾ Wenn man sagt, das vom Stellvertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft erzeugt dieselben Wirkungen, als hätte der Prinzipal selber gehandelt (Laband Zft. f. HR. X. S. Brinz Pand. S. 1594, 1612, 1598, Zimmermann Stellvertretende neg. gestio S. 45 Gareis Vertr. z. Gunst. Dritter S. 15.) und so dann behauptet, dass bloss die inneren subjectiven Momente des Stellvertretenen in Betracht kommen, so ist dies ein offenkundiger Widerspruch, denn würde der Vertretene selber gehandelt haben, so käme es bloss auf sein Wissen Nichtwissen, bona, mala fides, Willensmangel, Irrthum, Zwang, Betrug u. s. w. und nicht diejenigen des Stellvertreters.

Richtiger schon bei Windscheid (Pand. §. 73. N, 16. b.). Als Willenserklärung des Vertretenen wird fingiert nicht die Willenserklärung des Vertreters, sondern eine Willenserklärung wie die des Vertreters nicht bloss gleichen Inhalts, sondern eine Willenserklärung mit allen den Besonderheiten, welche dieselbe aus dem Zustande des Inneren des Vertreters empfängt, ein Stück Seelenleben von gleicher Beschaffenheit wie dasjenige, welches sich in dem Vertreter vollzog, als er die Willenserklärung abgab.

Aber einmal ist dies unrichtig, denn es wird im folgenden gezeigt, dass „die Willenserklärung nicht alle Besonderheiten aus dem Zustande des Stellvertreters empfängt“ und zweitens dass sie dieselben auch aus dem Zustande des Vertretenen schöpft. So dann kann man nicht mehr von unmittelbarer Stellvertretung reden, vielmehr sind die Rechte und Verbindlichkeiten nicht die unmittelbaren ursprünglich sondern abgeleitete und cedirte.

Jener Satz ist demnächst unrichtig enthält aber keinen Widerspruch. Es könnte schliesslich ebenso gut behauptet werden, dass die Rechte und Verbindlichkeiten auf Grund einer gesetzlichen oder zwischen den Parteien (Stellvertreter und Mitcontrahenten) verabredeten Cession sofort im Momente des Geschäftsabschlusses auf den Vertretenen übergehen. Gegen diese Auffassung wäre vom Standpunkte der herrschenden Lehre gar nichts einzuwenden, umso mehr, da sie den Einfluss des Stellvertreters treffend erklärt, nicht aber wie die herrschende Lehre als nicht begründete Singularität aufstellt. Aber dann spreche man nicht mehr von einer unmittelbaren Stellvertretung. Unmittelbar wäre sie nur insoferne, als der Übergang sich ohne Verzug in demselben Momente, in welchem das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird und ohne einen besonderen Rechtsact vollzieht. Dies ist aber zum Begriff der Unmittelbarkeit noch nicht ausreichend.

orie fusst, vielmehr die strenge Durchführung der Willens-
theorie zu Gunsten des Vertrauensprinzips sogar bei den ex-
tremsten Anhängern derselben bedeutende Modificationen er-
fahren hat, können uns die auf dem reinen Willensprinzip ge-
bauten Theorien gar nicht zufriedenstellen. Dies wurde bereits
von einem Bekenner des Willensprinzips im Prinzip aner-
kannt, aber nicht genügend gewürdigt.

Mitteis beurtheilt die Stellvertretung nach doppeltem
Gesichtspunkte, dem der Zusammenwirkung und Willens
vertheilung und dem des äusseren Auftretens¹⁾. Er stellt
sich den rechtsgeschäftlichen Willen als psychologisch und
juristisch zwischen dem Stellvertreter und Vertretenen ge-
theilt vor²⁾. Es scheint, als ob es nach Mitteis 3 Kontra-
henten gebe, einerseits den Dritten, andererseits den Stellver-
treter und den Vertretenen, von denen jeder einen Theil
des Willens produziert, der Stellvertreter seinen und des Ver-
tretenen Willen erklärt. Dies ist jedoch nicht richtig. Der
Wille lässt sich weder psychologisch noch juristisch als ge-
theilt denken. Dass der psychologische Wille theilbar ist, das
ist nur eine Selbsttäuschung, einen vom psychologischen
verschiedenen juristischen Willen gibt es aber nicht, wie
Mitteis selber zugibt (S. 117.). Wenn Mitteis selber bemerkt,
dass diese Theilung sich nur denken lässt, so beweist er da-
mit, dass seine Theorie jeder Realität entbehrt und dass die
ganze Theorie auf schwacher Grundlage gebaut ist. Wenn der
Vertretene ein Pferd kaufen will aber den Preis nicht bestimmt
kann man nicht sagen, er will nur das Pferd, den Preis dage-
gen will der Stellvertreter, sondern jener will beides für sich,
der Stellvertreter will beides für ihn. Allerdings ist es richtig,
dass beide der Vertretene und Stellvertreter beim Zustande-
bringen des Rechtsgeschäfts zusammenwirken. Sie wirken
zusammen, jedoch nicht in der Production des rechtsgeschäft-
lichen Willens, sondern in der Bestimmung des Inhalts
desselben. Der Begriff der Zusammenwirkung ist äusserst
schwankend. Ja, man kann oft nicht feststellen, wer einen

¹⁾ Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Be-
rücksichtigung des oesterreichischen Rechts. S. 126 ff.

²⁾ a. a. O. S. 112 ff.

gewissen Theil des Willensinhalts bestimmt hat. Nehmen wir den Fall einer Discrepanz zwischen dem Willen beider, des Vertretenen und des Stellvertreters. Der Prinzipal ermächtigt den Stellvertreter, das Pferd x zu kaufen, der Stellvertreter kauft das Pferd y. Man kann nicht sagen, dass den Kaufgegenstand im Rechtsgeschäft der Principal gewollt hat, denn es hat ihn ebenso gut der Stellvertreter gewollt. Da wird man fragen, wer ihn juristisch rechtskräftig zu bestimmen befugt ist — aber darüber lässt uns die Theorie der Zusammenwirkung im Stich. Diese Theorie könnte schlechterdings ausreichen, wo in der That beide Personen Verschiedenes gewollt haben; wenn aber das Wollen beider einen und denselben Vertragspunkt zum Gegenstand hat, wo kommen wir mit dem Begriff der Zusammenwirkung hin? Da muss die Frage aufgeworfen werden, wessen Wille rechtlich in Betracht kommt und das rechtliche Wollen dem psychischen Act gegenüberstellen.

Das zweite Princip für die Beurtheilung der Stellvertretung ist bei Mitteis das von Schliemann (Zft. f. HR. Bd XVI. S. I. ff.), Laband (ebenda X. S. 183 ff.) Zimmermann (die Lehre von der stellvertretenden neg. gestio S. 21) als charakteristisches Merkmal für den Unterschied des Boten vom Stellvertreter bezeichnete äussere Auftreten. Nun kann nach Mitteis, bei dem der Bote nur eine besondere Spezies des allgemeinen Genus „Vertreter in Rechtsgechäften“ (S. 131) ist, der Stellvertreter einmal als solcher selbstwollend und selbst handelnd, das andere Mal als willenloses Werkzeug des Willens des Prinzipals auftreten und darnach richten sich auch die Wirkungen des von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts.

Insbesondere ist das aeussere Auftreten für den Inhalt des Willens und den inneren Zustand von Bedeutung und der Prinzipal muss es gelten lassen, soweit das Vertrauen der betheiligten Dritten geschützt werden muss. (S. 123 ff.). Das von Mitteis hervorgehobene Vertrauensprincip ist ganz richtig, aber unzureichend betont. Es hat nämlich nicht bloss die das Willensprincip modificierende, sondern die das letztere ausschliessende Bedeutung. Der Dritte muss sich nicht bloss darauf verlassen dürfen, dass der Wille je darnach, ob der Vertreter selbstwollend und selbsthandelnd oder willenlos

auftritt, von ihm oder dem Vertretenen producirt worden sei und dass es demnach nur auf Congruenz der äusseren Handlung mit dem Willen des einen oder des anderen ankomme oder nur die Berufung auf den einen oder den anderen zulässig sei und soll in diesem Vertrauen geschützt werden.

Die Frage über den Schutz des bona fide contrahirenden Dritten geht nicht dahin, wessen Wille in Betracht komme, des Prinzipals oder des Vertreters, sondern das richtige Vertrauensprincip ist dahin zu formuliren, dass der Dritte sich darauf verlassen dürfen müsse, dass das äussere Auftreten des Vertreters als solches sowohl seinem inneren Willen als auch dem des Vertretenen entspricht und dass der Vertrag normale Wirkungen zu erzeugen im Stande ist, und muss nach Massgabe dieses Vertrauens von der Rechtsordnung in Schutz genommen werden. Das richtig verstandene Vertrauensprincip geht nicht dahin, wessen innerer, von dem geschäftlichen Auftreten abweichender Wille Thatbestandsmoment bildet, sondern ob der innere Wille überhaupt, sei es der des Prinzipals oder der des Vertreters dem gesammten geschäftlichen Auftreten gegenüber beachtenswerth und berücksichtigungswürdig ist. Ob der Vertreter selbstwollend oder willenlos auftritt, ist schwer zu entscheiden, da beim Geschäftsabschluss der Dritte nicht so vorsichtig feststellen kann, was vom Vertretenen und was vom Stellvertreter stammt, gewöhnlich sämmtlichen Willensinhalt in die Person des Vertretenen verlegt, und auch die richtige Erkenntniss, ob der Stellvertreter als selbsthandelnd oder als Bote auftritt, gerade nicht möglich ist, wenn man eine feste Sprachformel nicht annimmt. (Hellmann Stellvertretung S. 9. ff¹⁾). Auch läge es in der Macht des Stellvertreters je nach der Art des Auftretens verschiedene Wirkungen hervorzurufen.

Die unrichtigen Consequenzen der Repraesentationstheorie benützt Frese als Bausteine, um auf diesen die aufgegebene Theorie wieder aus dem Staub der Vergessenheit hervorzuheben. Er versucht durch geschickte Romanisirung des mo-

¹⁾ Vergleiche auch Ernst: Theorien über die Folgen des Irrthums bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts durch Mittelspersonen Inaugural-Dissit Breslau 1879.

dernen Rechts und Modernisirung des römischen Rechts das unentwickelte, keimende Rechtsinstitut der Stellvertretung im römischen Recht mit der in Einzelheiten ausgeführten und ausgebildeten Stellvertretung des modernen Rechts in Einklang zu bringen. Wie unrichtig die von ihm verfochtene Theorie ist, so sind doch die unser Problem betreffenden Ausführungen im allgemeinen befriedigend, weil F r e s e dieselben nicht direct aus dem Prinzip, dem Dogma der Construction deducirt, sondern nach anderen Gründen und Anknüpfungspunkten sucht, dieselben nach dem Bedürfnisse des Verkehrs und dem Vertrauensprinzip beurtheilt.

Nach der Ansicht dieses Schriftstellers „lässt sich gar nicht vermeiden, die juristische Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts auf die Willensbestimmung der Person zurückzuführen, welche wirklich den Willen zu demselben gehabt und geäußert hat, die Willenseinigung und die Motive zu dem Rechtsgeschäft sind eben nur aus der Willensbestimmung und Willensäußerung dieser Personen zu entnehmen und zu interpretiren, es kann nur auf ihren dolus und ihre scientia ankommen, insofern diese auf den Willen des Contrahenten eingewirkt haben und ebenso kann es nur in Betracht kommen, inwiefern auf ihren Willen der dolus die scientia, Furcht und Zwang ihres Mitkontrahenten eingewirkt hat. Es führt also der Inhalt der Vereinbarung und die logische Consequenz dazu, die aus den Rechtsgeschäften der Willensvertreter für die domini hervorgegangenen Rechte und Verbindlichkeiten so, wie das römische Recht es thut, als abgeleitete und übertragene zu betrachten und zu behandeln“ (F r e s e zur gemeinrechtlichen Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung und Willensvertretung S. 36).

Das Rechtsgeschäft erhält das Willensgepräge des Vertreters ist „ein Stück Seelenleben“ des letzteren.

Die herrschende Lehre von der Stellvertretung führt überhaupt zur Negation der Brauchbarkeit einer Konstruktion. In der That hält neuerdings P f e r s c h e (Irrthumslehre des österr. Privatrechts S. 241 N. 16) jede Theorie oder Konstruktion für überflüssig, wenn nicht schädlich. Nach der Ansicht dieses Schriftstellers genügt die Beschreibung des Thatbestands, dass auf Seiten einer der Parteien zwei Personen an dem ge-

schäftlichen Auftreten betheiligt sind; er behauptet aber, dass diese Betheiligung eine verschiedene sein kann, und dass sich die Abstufungen der letzteren durch das Willensmoment allein nicht erschöpfen lassen.

Stellvertretung im römischen Recht.

Bekanntlich leugnet die herrschende Lehre die Stellvertretung als allgemein anerkanntes Prinzip im römischen Recht. Die Ansicht wird meistens so ausgedrückt, dass das römische Recht die Stellvertretung prinzipiell negirt und erst in Folge des Kampfes der Verkehrsbedürfnisse mit dem starren Conservatismus manche Ausnahmen zu Gunsten derselben statuirt. Uebrigens herrscht darüber nichts weniger als Einigkeit. Zwischen den extremen Behauptungen, dass die Stellvertretung als Prinzip im weitesten Umfange im röm. Recht anerkannt war (Hellmann, Stellvertretung) und dass sie nicht einmal beim Besitzerwerb zugelassen war (Schlossmann, Besitzerwerb durch Dritte) wird das Gebiet der ausnahmsweisen Zulässigkeit der Stellvertretung verschiedenartig begrenzt ¹⁾. Dies steht jedoch nach der herrschenden Lehre fest, dass das röm. Recht die Stellvertretung als Prinzip leugnet und nur manche Ausnahmen davon konstituiert. Wäre dem so, könnten wir in der röm. Kasuistik nicht gerade viele Anhaltspunkte für die Beurtheilung unseres heutigen Rechts finden, und es bliebe uns lediglich der nicht ganz sichere Weg der Analogie uebrig.

An eine prinzipielle Negation der Stellvertretung aus ethischen Gründen (Unger Jahrb. f. Dogm. X) ist gar nicht zu denken. Der Grund, warum das römische Recht unser Institut nicht ausgebildet hat, liegt u. E. in sozialen Verhältnissen der Römer. In einer Gesellschaft, in der die Sklaverei so bedeutende Rolle spielte, lag es doch zunächst die Sklaven zur Erweiterung und Ausdehnung eigenen Wirkens zu benützen. Deshalb fallen die Anfänge der Entwicklung unseres Rechts auf spätere Zeit — dies ist der Grund, warum die Stellvertretung nicht ausgebildet wurde.

Man unterscheidet gewöhnlich prinzipiell zwischen dem Rechtserwerb durch Gewaltunterworfenen und der Stellvertre-

¹⁾ Mitteis S. 52 ff. insbesondere S. 77,

tung. Dies ist eine Frage von besonderer Wichtigkeit, da sie über die Art der Anwendung der römischen Quellen auf unser Problem entscheidet. Das römische Recht hat für unsere Frage eine reiche Kasuistik, besonders was den Rechtserwerb durch Gewaltunterworfenen anbelangt. Betrachtet man nun den Rechtserwerb durch Gewaltunterworfenen als einen Fall der Stellvertretung, dann finden die röm. Entscheidungsfälle auf das moderne Rechtsinstitut der Stellvertretung directe Anwendung, im entgegengesetzten Falle lassen sie sich nur im Wege der Analogie anwenden und es würde sich darum handeln, die Anhaltspunkte und Gründe für die Analogie aufzusuchen. Zugabe, was die herrschende Lehre behauptet, dass der Rechtserwerb durch Gewaltunterworfenen von der Stellvertretung begrifflich verschieden ist, ferner dass die Stellvertretung im röm. Recht nicht als Prinzip, sondern als Ausnahme zugelassen wird, jedenfalls am wenigsten bei der Eingehung von Rechtsgeschäften, so würde es doch verwandte Rechtsinstitute geben, die sich mit der Stellvertretung in manchen Punkten berühren. Es würde also der Analogie freier Raum um so mehr bleiben, da eben der Berührungspunkt in Bezug auf unser Problem am hervorragendsten zum Vorschein kommt. Die Rechtsinstitute sind

1. Rechtserwerb durch Gewaltunterworfenen

2. Abschluss der Rechtsgeschäfte durch einen freien Procurator, insofern die Rechtsfolgen den Vertretenen unmittelbar treffen

3. Abschluss der Rechtsgeschäfte durch gesetzliche Vertreter (Tutor, Curator, Vertreter einer juristischen Person).

Der Berührungspunkt dieser Rechtsinstitute mit der Stellvertretung wäre folgender. Sowohl bei der Stellvertretung als auch hier entstehen für den anderen Rechtsfolgen aus fremdem Rechtsgeschäft. Es fragt sich: nach wessen Willen sind ebenso ihr Umfang als auch andere Momente zu beurtheilen?

Wie gesagt unterscheidet die herrschende Lehre den Rechtserwerb durch Gewaltunterworfenen begrifflich von der Stellvertretung. Nach Windscheid (Pand I. S. 73.) wird das Prinzip der Unzulässigkeit der Stellvertretung durch das Prinzip des Rechtserwerbs durch Gewaltunterworfenen durchbrochen. Nur wenige Schriftsteller behandeln den Rechtser-

werb durch Gewaltunterworfenene als einen Fall der Stellvertretung¹⁾. Anderer Ansicht ist Mandry (Familiengüterrecht S. 137) indem er zwar den Rechtserwerb durch Gewaltunterworfenene von der Stellvertretung unterscheidet, im Kreise jedoch der Hausunterworfenen der Stellvertretung volle Geltung zuerkennt.

Wir finden keinen prinzipiellen Unterschied zwischen dem Rechtserwerb durch Gewaltunterworfenene und der Stellvertretung, wie es die herrschende Lehre thut. Der Rechtserwerb durch Gewalt- und Hausunterworfenene ist vielmehr nur eine jedenfalls dem röm. Rechte eigenthümliche Art der Stellvertretung mit beschränkten Wirkungen und gesetzlicher Vollmacht.

Den Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten bestimmt man vor allem dahin, dass das Rechtsgeschäft nur mit Willen des Vertretenen als sein Rechtsgeschäft angesehen werden darf, während der Gewaltunterworfenene ohne, ja sogar gegen den Willen des Gewalthabers kraft des Gesetzes für ihn erwirbt. Dies ist aber kein prinzipieller Unterschied. In beiden Fällen bestimmt ja das Gesetz, dass die Handlung des Stellvertreters Wirkungen für den Vertretenen haben soll. Nur bei dem Rechtserwerb durch Hausunterworfenene spricht es dies schlechthin aus, bei der Stellvertretung macht es die Wirkung vom Willen des Vertretenen abhängig. Es ist derselbe Unterschied wie zwischen dem strengen (unbedingten Rechtsbefehl „ich will“) und dem dispositiven Recht (bedingten Gesetzesbefehl „ich will, wenn und so wie du willst). Bei dem Rechtserwerb durch Gewaltunterworfenene ist dies eine Folge des Mangels an Rechtsfähigkeit der Gewaltunterworfenen. Das römische Recht ertheilt den Gewaltunterworfenen Handlungsfähigkeit im Interesse und um des dominus willen, gibt ihnen doch keine Rechtsfähigkeit. Es muss nun jemand Träger der durch sie erworbenen Rechte sein, wenn ihre Handlungen überhaupt rechtliche Wirkungen haben sollen. Ist es nicht dasselbe bei der ge-

¹⁾ Zródlowski Röm. Privatr. II. S. 296 Bekker J. f. Dogm. XII. S. 34. Anm 2. unterscheidet zwischen Vollmacht haben und Vollmacht üben — man hat Vollmacht ohne Rücksicht, ob man namens des Vertretenen kontrahiren wil, aber man übt die Vollmacht nicht aus ohne diesen Willen.

setzlichen Stellvertretung? Nur hier bestimmt das Gesetz, indem es den mangelnden Willen supplirt, dort, obgleich und trotzdem der Vertretene den Willen haben kann, um der Consequenz willen. Erwirbst du durch Gewaltunterworfenen, wenn du es willst, so sollst auch dann erwerben, wenn du es nicht willst!

Andererseits wird der Unterschied dahin bestimmt, dass der Gewaltunterworfenen für den Gewalthaber erwirbt auch wenn er für sich erwerben will, während der Stellvertreter die Absicht, für den Vertretenen zu erwerben, haben und dieselbe im Rechtsgeschäft zum Vorschein bringen muss, (Ersetzungsabsicht seitens des Stellvertreters Mandry Fam. GR. S. 36 Laband a. a. O. S. 198 Windscheid Pand. I. §. 76.). Es steht jedoch nicht fest, ob die Ersetzungsabsicht ein prinzipielles Erforderniss der Stellvertretung sei oder ob dieselbe andere Rücksichten erheischen. Wir behaupten das letzere. Die Ersetzungsabsicht bezweckt bloß die Trennung der Vermögenssphäre. Der heutige freie Stellvertreter kann ebensogut im eigenen als auch im fremden Interesse Rechtsgeschäfte eingehen. Da die Vermuthung für das Handeln im eigenen Interesse spricht, so muss irgend etwas kundgeben, dass das Rechtsgeschäft als zur fremden Rechtssphäre angehörend gelten soll. Wo nun der Stellvertreter keine Vermögenssphäre hat, wie dies bei dem Gewaltunterworfenen der Fall ist, ist die Ersetzungsabsicht unnöthig. Es folgt daraus, dass die Ersetzungsabsicht wegfällt, wo andere Umstände darauf hinweisen, in wessen Namen das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird ¹⁾ (institor des röm. Rechts, Procurist im Handelsrecht, Bevollmächtigter im Handelslokal, so dass der Dritte nicht weiss, ob er mit dem Prinzipal oder dem Bevollmächtigten kontrahirt). Die Qualität des Gewaltunterworfenen deutet als solche an, im wessen Interesse und Namen das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird. Einen schlagenden Beweis liefert auch der Umstand, dass im späteren römischen Recht, wo der *filius familias* eigenes Vermögen hat, das Rechtsge-

¹⁾ Ja es gibt Handlungen, bei denen an einen Hinweis gar nicht zu denken ist. Die Momente welche die Richtung der Rechtsgeschäfte auf ihre Wirkung geben, können völlig ausserhalb des Geschäftsabschlusses liegen Schlossmann a. a. O. S. 27.

schäft im Namen des Vaters ausdrücklich abgeschlossen werden und der Wille des Haussohns in Betracht kommen musste; kann man doch nicht behaupten, dass hier der Vater nicht mehr auf Grund der *patria potestas* erwirbt. Die Ersetzungsabsicht bestimmt nur die Rechts- und Vermögenssphäre, zu welcher das Rechtsgeschäft gehört ¹⁾).

Diese Gründe bewirken, dass wir keinen so prinzipiellen Unterschied wie die herrschende Lehre, zwischen dem Rechtserwerb durch Gewaltunterworfenen und der Stellvertretung machen, sondern den ersteren als einen Fall der röm. Stellvertretung ansehen und uns für die directe Anwendung der röm. Rechtskasuistik für unsere Frage entscheiden.

Wir wollen nunmehr den obenerwähnten Rechtsinstituten unsere Aufmerksamkeit zuwenden.

I. Prinzip des Rechtserwerbs durch Gewaltunterworfenen. Die Gewaltunterworfenen haben Handlungsfähigkeit um seiner *domini* willen. Die Wirkungen der von ihnen eingegangenen Rechtsgeschäfte gehen auseinander. Die Rechte erwirbt der Gewalthaber; die Pflichten bleiben in der Person des Gewaltunterworfenen, sind aber zumeist ohne praktische Bedeutung, da sie beim Sklaven zu Naturalobligationen werden, bei Hausöhnen zwar gefordert werden können, zumeist aber ohne Execution bleiben (Mandry a. a. O. I. S. 404 ff.).

Dies reichte aus, wie lange die Stipulation als allgemeine Form der Rechtsgeschäfte galt, denn aus dieser war der eine Contrahent nur berechtigt, der andere nur verpflichtet; auch dann als die zweiseitigen Rechtsgeschäfte durch doppelte Stipulation begründet wurden, wobei man sich nur auf Seite des Berechtigten eines Stellvertreters bedienen konnte. Dies änderte sich wohl bei der Anerkennung von zweiseitigen Obligationen in der Entwicklung des röm.

¹⁾ Laband a. a. O. S. 206 gibt wenigstens für das justinianische Recht zu, dass die Stellvertretung durch Sklaven zulässig war. Nach fr. 14. §. 1. C. 8, 37 wurde die Forderung für denjenigen erworben, der in einer schriftlichen Urkunde als Herr des Sklaven angegeben war. Der Unterschied ist nur der, dass sich der Sklave nicht als Stellvertreter sondern als *servus* des Vertretenen bezeichnen musste.

Vgl. Zrodowski Röm. Privatrecht II. S. 296 ff.

Contractssystem, da die positiven und negativen Wirkungen des Rechtsgeschäfts auseinander gingen. Lästig war es für den Herrn, dass er durch Gewaltunterworfenen nur berechtigt werden konnte, zur Uebernahme der Verpflichtung also selbst handeln musste; lästig für den Dritten, der durch den Sklaven keine Rechte gegen den Gewalthaber erwarb.

Selbstverständlich, dass neben der Verwendung der Gewaltunterworfenen als Stellvertreter der Abschluss von Verträgen durch Gewaltfreie als Ausnahme galt, und für ausnahmsweise Fälle schafft man doch keine Rechtstinstitute. Wenn die Anerkennung der rechtlichen Handlungs- und Erwerbsfähigkeit der Hauskinder die Entwicklung unseres Rechtsinstituts angebahnt hat (Mandry a. a. O. S. 136), so hiess es zuerst, das neugeschaffene Rechtsinstitut weiter zu bilden.

Die erste Entwicklungsstufe führte zur Anerkennung der Fähigkeit der Gewaltunterworfenen ihre Gewalthaber unmittelbar zu verpflichten.

Dies wurde durch Einführung der adjectizischen Klagen¹⁾ bewirkt. Die actiones adject. qualitatis sind ein Ausdruck des Ringens nach der Ausbildung der Stellvertretung. Die Möglichkeit, die Gewalthaber unmittelbar zu verpflichten, war allerdings an gewisse Voraussetzungen geknüpft. Wahrscheinlich waren die Klagen zuerst mit Rücksicht auf die Rechtsgeschäfte der Gewaltunterworfenen eingeführt und erst später auf freie Personen ausgedehnt (Buchka S. 23). Darnach bestimmt sich die Bedeutung der actiones adject. qualit. für die Stellvertretung. Auf dem Gebiete der Stellvertretung durch Gewaltunterworfenen vervollständigen sie die bis dahin unvollkommene und unvollständige Stellvertretung. Immerhin bleibt es eine unvollkommene Stellvertretung, da die Rechte immer, die Pflichten nur unter gewissen Voraussetzungen für die Gewalthaber eintreten.

¹⁾ Das Verhältniss der adjectischen Klagen zur Stellvertretung ist bestritten. Die Streitfrage dreht sich um den Punkt herum, ob der Stellvertreter mit Bezugnahme auf den Prinzipal kontrahiren muss, ob der Dritte wissen muss, dass er für den Prinzipal handle. Dagegen Hellmann a. a. O. Dafür Ruhstrat Savigny's Lehre von der Stellvertretung S. 5. Buchka S. 40. Curtius Archiv. f. civ. Pr. B. 58 S. 76. Mitteis a. a. O. S. 25 ff.

II. Stellvertretung durch gewaltfreie Personen. Das römische Recht hatte, wie gesagt, eine eigenthümliche Art der Stellvertretung im Rechtserwerb durch Gewaltunterworfenen. Da nun die Verwendung der Sklaven beim Geschäftsabschluss nach socialen römischen Verhältnissen die Regel bildete, galt der Vertragsabschluss durch einen freien procurator als Ausnahme, für die doch sicher kein Rechtsinstitut geschaffen wurde. Aus dem von einem freien procurator abgeschlossenen Rechtsgeschäft war derjenige, in dessen Interesse er handelte, unmittelbar weder berechtigt noch verpflichtet. Damit die Rechtsfolgen auf ihn transferirt werden könnten, dazu bedurfte es immer eines besonderen Rechtsgeschäfts (Cession). Er war also kein Stellvertreter; der freie procurator war ein Ersatzmann, Interessenvertreter, Zwischenperson (Jhering Jb. f. D. I. S. 1 ff.).

Die Entwicklung der Stellvertretung durch Gewaltfreie war auf die Verunmittelbarung der Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen angewiesen. Sie geht allmählich vor sich, und zwar durch Anwendung der die Stellvertretung durch Gewaltunterworfenen betreffenden Grundsätze auf die Gewaltfreien. Auch hier finden wir die Spaltung zwischen Rechten und Pflichten. Was nun Rechte anbelangt, half der Praetor durch Einführung der utiles actiones auf Grund fingirter Cession. Was die Pflichten anbelangt, wandte man die act. adj. qualit. auf den freien procurator an.

Die adjectizischen Klagen sind nun der erste Schritt in der Entwicklung unseres Rechtsinstituts. Sie regeln nur das Verhältniss zwischen dem Prinzipal und dem Dritten, berühren das Rechtsverhältniss zwischen dem Vertretenen und Stellvertreter gar nicht. Aber auch dieses Verhältniss regeln sie nur unvollständig. Es wird der Vertretene nur unmittelbar verpflichtet, nicht auch gegenseitig dem Dritten gegenüber berechtigt¹⁾. Durch diese Klagen wird nur der Dritte begünstigt. Der Dritte erwirbt nun gegen den Prinzipal eine

¹⁾ Fr. 1. § 18. D. de exerc. act. 14. 1. „Sed ex contrario exercenti navem adversus eos qui cum magistro contraxerunt, actionem non pollicetur, quia non eodem auxilio indigebat sed aut ex locato cum magistro... aut mandati agere potest.

mit der gegen den Stellvertreter konkurrierende Klage. Die *actio* ist nicht *translata*, sondern *adjecta*. Den Vertretenen verweisen die Quellen auf gewöhnliche Rechtsmittel ¹⁾. Ist der Stellvertreter ein Gewaltunterwerfener, so erwirbt der Gewalthaber die Klage direct, ist es ein Gewaltfreier oder fremder Sklave, so hat er gegen den Dritten keine Klage, nur den Stellvertreter resp. dessen Herrn kann er mit der *actio mand.* oder *neg. gest.* oder mit einer anderen Klage je nach der Natur des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses (z. B. *ex locato*) belangen. Nur ausnahmsweise steht dem Vertretenen eine directe Klage gegen den Dritten zu. Zuerst halfen dem *exercitor* die *praefecti* und *praesides provinciarum* mittelst *extraord. cogn.* Auch wird dem Prinzipal directe Klage gegen den Dritten als ausserordentliches Subdiarmittel eingeräumt „*si aliter rem suam servare non potest*“ ²⁾. Der freie *procurator* schliesst also das Rechtsgeschäft für sich und zugleich für den Prinzipal. Diese Art der Stellvertretung nennt Zimmermann unvollkommene Stellvertretung (a. a. O. S. 105). Auf dieser Entwicklungsstufe ist das röm. Recht stehen geblieben.

Bewusstseinszustände des Stellvertreters.

Gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten der Kontrahenten werden oftmals von gewissen inneren Seelenzuständen und Bewusstseinsmomenten abhängig gemacht. Wissen, Nichtwissen, Kenntniss des Sachverhalts dient zur Grundlage des Vertrags und in den Gesetzen wird Geltendmachung gewisser Ansprüche davon abhängig gemacht.

Aus dem oesterreichischen allg. b. Gesetzbuch kommen hier folgende Fragen in Betracht:

1. Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes. Redlicher Besitzer ist nach §. 326 derjenige, wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache für die seinige hält. Unredlicher Besitzer ist derjenige, welcher weiss oder aus den Umständen vermuthen muss, dass die in seinem Besitze befindliche Sache einem Anderen zugehöre.

¹⁾ fr. 1 D de instit. act. 14. 3. Ulp. 28 ed.

²⁾ fr. 2 de instit. act. 14. 3. Gajus 9 ad ed. prov.

Wie beurtheilt sich die Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes, wenn der Besitz durch den Vertreter erworben und fortgesetzt wird? Kommt es nur auf das Wissen (Nichtwissen) mala oder bona fides des Prinzipals oder auch des Vertreters an? Ist der Besitz auch dann unredlich, wenn der Vertreter weiss, oder aus den Umständen vermuthen muss, dass die im Besitze des Prinzipals befindliche Sache einem Anderen zugehöre ¹⁾?

2. Wer eine Sache bona fide in der öffentlichen Versteigerung oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne oder gegen Entgelt von jemandem zu sich gebracht hat, dem sie der wahre Eigenthümer zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was immer für einer anderen Absicht anvertraut hatte, erwirbt das Eigenthum auch wenn der Vormann kein Eigenthümer war. (§. 367). Wird aber bewiesen,

¹⁾ Bekanntlich ist die Frage sehr bestritten, ob über die Redlichkeit (Unredlichkeit) des Besitzes positives Wissen, positive Überzeugung nothwendig sei oder aber das Nichtwissen, Mangel an jedem Bewusstsein über das Verhältniss des Besitzers zur Sache hinreiche, ob es also einem sg. indifferenten Besitz gebe. Dass auch das Nichtwissen vollkommen hinreiche, fehlt auch im allg. b. Gesetzbuch an Anhaltspunkten nicht. Vor allem kann dies durch argumentum a contrario aus der Definition des bösen Glaubens deducirt werden. Unredlicher Besitzer ist derjenige, der weiss oder aus den Umständen vermuthen muss, dass die in seinem Besitze befindliche Sache einem Anderen zugehöre. Ein argumentum a contrario begründet die Ansicht, dass wer nicht weiss oder aus den Umständen nicht vermuthen muss, dass die Sache einem Anderen zugehöre, sich nicht im bösen Glauben befinde. Da nun das Gesetz dem bösen Glauben bona fides gegenüberstellt, so kann das Verhältniss nur nach Grundsätzen über bona fides beurtheilt werden. Zweitens für die Redlichkeit des Besitzes spricht die Vermuthung; nach Grundsätzen über Vertheilung der Beweislast braucht der Besitzer seinen guten Glauben nicht zu beweisen; Sache des Gegners ist es zu beweisen, dass der Besitzer in malafide versire. Der Gegner muss also beweisen, dass der Besitzer weiss oder aus den Umständen vermuthen muss, dass die Sache einem Anderen zugehöre. Die Definition des bürgerlich. Gbuches ist nun mit Rücksicht auf die Vertheilung der Beweislast gefasst. Der Besitzer kann nicht angehalten werden, seine bona fides darzuthun; wird ihm das Wissen oder Wissenmüssen nicht bewiesen, was schon damals vorliegt, wenn er über das Verhältniss zur Sache gar keine Vorstellung hat, wenn er z. B. gar nicht weiss, dass die Sache in seinem Besitz sich befinde, kann er nicht als b. f. Besitzer angesehen werden und muss, da das bürgerl. Gesetzbuch nichts Drittes kennt, nach Grundsätzen über gutgläubigen Besitz beurtheilt werden.

dass der Erwerber entweder aus der Natur der Sache, aus dem auffallend geringen Preise oder aus den bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormannes, aus dessen Gewerbe oder anderen Verhältnissen einen begründeten Verdacht gegen die Redlichkeit des Besitzes hätte schöpfen können, erwirbt er kein Eigenthum (§. 368).

Wird die Sache von dem Vertreter erworben, so fragt sich, ob das Wissen oder Wissenmüssen und Wissenkönnen dieser Umstände auf Seite des Vertreters auch den Eigenthumserwerb unmöglich macht? Ebenso wenn das Pfandrecht durch Vertreter erworben wird (§. 456).

3. Wer im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher Rechte erwirbt ohne Kenntniss, dass der Bücherstand der Wirklichkeit nicht entspreche, der erwirbt Rechte nach Massgabe des Bücherstandes. War ihm aber bekannt, dass der Bücherstand der Wirklichkeit nicht entspreche, dann ist der Erwerb ausgeschlossen.

Ist dies auch dann der Fall, wenn die verbücherten Rechte durch Vertreter erworben werden?

4. Ist der versprechende Theil von einem Dritten entweder durch ungerechte oder gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen oder durch falsche Angaben irregeführt worden, so ist der Vertrag gültig. Nur in dem Falle, dass der annehmende Theil an der widerrechtlichen Handlung des Dritten Theil nahm oder dieselbe offenbar wissen musste, ist er eben so nach den §§. 870—874 zu behandeln, als wenn er selbst den anderen Theil in Furcht oder Irrthum versetzt hätte.

Ist dies auch dann der Fall, wenn die widerrechtliche Handlung des Dritten der Vertreter offenbar wissen musste? (§. 875).

Wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthum Schuld ist, so besteht der Vertrag; es wäre denn, dass dem annehmenden Theile der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen musste.

Ist der Vertrag nichtig, wenn der obwaltende Irrthum dem Vertreter aus den Umständen auffallen musste?

Ist der Prinzipal auch dann verantwortlich, wenn sein Vertreter den Gegentheil aus schuldbarer Unwissenheit über Unmöglichkeit der Leistung verkürzt (§. 878).

5. Wer eine fremde bewegliche Sache wissentlich an sich bringt, hat auf Gewährleistung keinen Anspruch. Wie wenn es nur dem Vertreter bekannt war, dass die Sache fremd sei (§. 929)?

Sind dem Erwerber die Mängel der an sich gebrachten Sache bekannt so hat er keinen Evictionsanspruch. Ist dies auch dann der Fall, wenn die Mängel dem Vertreter bekannt waren?

6. Wenn der Erwerber, obgleich ihm der wahre Werth bekannt war, sich dennoch zu dem unverhältnissmässigen Werth verstanden hat, so verliert er den Anspruch wegen *laesio enormis ultra dimidium*.

Was ist Rechtens, wenn der wahre Werth dem Vertreter bekannt war?

7. Die mit einem Dritten, dem die Aufhebung der Vollmacht (durch Widerruf, Aufkündigung, Tod des Gewaltgebers) ohne sein Verschulden unbekannt war, geschlossenen Verträge, bleiben verbindlich (§. 1026). Was ist Rechtens, wenn die Aufhebung der Vollmacht dem Vertreter des Mitkontrahenten bekannt war?

8. Anfechtungsgesetz: *a)* im Concursverfahren unterliegen der Anfechtung alle Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht seine Gläubiger zu benachtheiligen, in den letzten 10 Jahren von der Eröffnung des Concurses vorgenommen hat. *b)* ausserhalb des Concursverfahrens alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen in den letzten 10 Jahren vor der gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsrechts vorgenommen hat.

Begründet das Anfechtungsrecht auch die *conscientia fraudis* auf Seiten des Vertreters des anderen Theils?

Aus dem Handelsrecht:

Art. 25. Ist die Aenderung oder das Erlöschen nicht in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht, so kann derjenige, bei welchem jene Thatsachen eingetreten sind, dieselben einem Dritten nur insoferne entgensetzen, als er beweist, dass sie dem letzteren bekannt waren. Ist die Eintragung und Bekanntmachung geschehen, so muss ein Dritter die Aenderung oder das Erlöschen gegen

sich gelten lassen, soferne nicht die Umstände die Annahme begründen, dass er diese Thatsachen weder gekannt habe noch, habe kennen müssen.

Art. 46. Wenn das Erlöschen der Procura nicht in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist, so kann der Prinzipal dasselbe einem Dritten nur dann entgegensetzen, wenn er beweist, dass es letzterem beim Abschlusse des Geschäfts bekannt war. Ist die Eintragung und Bekanntmachung geschehen, so muss ein Dritter das Erlöschen der Procura gegen sich gelten lassen, in sofern nicht durch die Umstände die Annahme begründet wird, dass er das Erlöschen beim Abschlusse des Geschäfts weder gekannt habe, noch habe kennen müssen.

Art. 55. Wer ein Handelsgeschäft als Procurist oder als Handlungsbevollmächtigter schliesst, ohne Procura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher beim Abschluss eines Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet, der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf Schadenersatz oder auf Erfüllung belangen. Diese Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Procura oder der Vollmacht oder die Überschreitung der letzteren kannte, sich mit ihm eingelassen hat.

Es gehört dazu auch Art. 306. HGB.

Was ist Rechtens, wenn die relevanten Thatsachen dem Vertreter bekannt waren?

Aus dem röm. Recht:

Kenntniss der adilitischen Mängel des Kaufgegenstandes benimmt das Recht die actio redhibitoria anzustellen.

Kenntniss des Herrn vom Handelsbetrieb des Sklaven ist Voraussetzung der actio tributoria für den dritten Kontrahenten.

Kenntniss der Fraus bei demjenigen, der mit dem Kridar kontrahirt, macht das in fraudem creditorum abgeschlossene Rechtsgeschäft anfechtbar.

Kenntniss vom Status eines Freien, der sich dolos als Slave verkauft, benimmt das Recht die Strafklage auf das Doppelte vorzubringen u. s. w.

Umsonst würde man in den oben dargestellten Stellvertretungskonstruktionen nach einer Lösung des vorliegenden Problems suchen. Keine von den gangbaren Theorien gibt auf diese Frage befriedigende Antwort. Alle führen zu unerträglichen Härten für den Verkehr.

Die Theorie Savigny - Dernburg - Hellmann lässt nur das Wissen des Prinzipals entscheiden. Nur bei genereller Vollmacht kommt es auf das Wissen des Stellvertreters und zwar nicht als solches sondern, weil der Prinzipal sämtliche Willens- und Vorstellungsmomente und Seelenzustände in sich aufnimmt. Dagegen kommt es bei specieller Vollmacht auf das Wissen (Nichtwissen), *bona (mala) fides* des Vertreters gar nicht an, sie bleiben unberücksichtigt, mag der Mitkontrahent als redlicher Geschäftsmann den Vertreter darauf ausdrücklich aufmerksam gemacht und auf diese Weise die Mängel in den Vertrag mit hineingezogen haben. Bei der *ao. Pauliana* kann der Kridar ungestraft mit dem Vertreter, auch wenn dieser *fraudis conscius* ist, kolludiren, wenn nur der Vertretene *bona fide* ist.

Die Repraesentationstheorie in ihrer Strenge durchgeführt erklärt die Seelenzustände des Prinzipals ganz irrelevant. Ihre Inconsequenz wird von den Anhängern wohl gefühlt, sobald man für den Fall einer speciellen Vollmacht Ausnahme statuirt. Dagegen wird das Wissen des Prinzipals bei genereller Vollmacht ganz irrelevant erklärt, mag dies auch dem Dritten bekannt sein und eben mit Bezug auf diesen Umstand der Vertrag abgeschlossen sein. Durch Bestellung eines Generellbevollmächtigten und Anweisung des in fraudem creditorum contrahirenden Schuldners an denselben kann man sehr leicht die Gesetzesvorschriften über *ao. Pauliana* umgehen, sobald dem Vertreter *conscientia fraudis* nicht vorgeworfen werden kann, weil es dann auf das Wissen des Prinzipals gar nicht ankommt.

Die stricte Durchführung der Repraesentationstheorie führt gerade zu unbilligen und für die Sicherheit des Verkehrs lästigen Consequenzen. Das sehen sogar die Bekenner dieser Theorie ein, indem sie in Bezug auf unser Problem Concesionen zulassen, ja sogar die Theorie theilweise modificieren.

In ihrer strengen Durchführung würde die Repraesentationstheorie eine vollständige Entwerthung des Vertrauensprinzips bedeuten. Man könnte durch Stellvertretung sämtliche Vorschriften über mala fides, Wissen etc. rund umgehen.

In richtiger aber unzulänglicher Würdigung der Verkehrsbedürfnisse wird die Repraesentationstheorie theilweise modificiert. Man unterscheidet zwischen dem generellen und speziellen Mandat. Bei dem ersten lässt man Repraesentationstheorie in ihrer unverkümmerten Gestalt gelten. Bei dem speziellen Mandat zieht man auch die inneren Seelenzustände des Prinzipals in Betracht. Nach der einen Ansicht wird bei speziellem Mandat neben dem Wissen des Vertreters auch auf dasjenige des Prinzipals Gewicht gelegt so, dass die an das Wissen geknüpfte Wirkung bereits dann eintritt, wenn von den beiden gemeinschaftlich handelnden Personen (Prinzipal, Vertreter) eine die Kenntniss relevanter Thatsachen hat oder in mala fide versirt¹⁾. Nach der anderen Theorie kommt es bei dem speziellen Mandat nur auf den Bewusstseinszustand des Prinzipals an so, dass dem letzteren weder die Kenntniss (mala fides) des Vertreters schadet noch seine Unkenntniss (bona fides) nützt²⁾. Die erstere Ansicht hält noch an dem Prinzip der Repraesentationslehre fest, indem sie in erster Linie immer die Seelenzustände des Vertreters berücksichtigt, die letztere entfernt sich von demselben wesentlich, indem sie beim speziellen Mandat die Bewusstseinszustände des Vertreters gar nicht beachtet.

Weder die eine noch die andere Modification ist im Stande den Verkehrsbedürfnissen Rechnung zu tragen. Der Prinzipal ist noch immer in der Lage durch Ertheilung eines generellen Auftrags die Stellvertretung zur Umgehung der allgemeinen Grundsätze über Unwissenheit zu benutzen.

Die Kenntniss des Vertreters muss wenigstens dann in Betracht kommen, wenn auf die Thatsache, um deren Kenntniss es sich handelt, beim Vertragsabschluss Rücksicht ge-

¹⁾ So unter anderen Winscheid §. 73 Nr. 19.

²⁾ Canstein Grünh. Zeitschr. S. 692. 694. Dunkhase Archiv f. civilist. Praxis S. 117. Vgl. auch Hellman Stellvertr. S. 160. Dernburg Pandecten S. 274, N. 9.

nommen und unter Berücksichtigung dieser Thatsache (z. B. der mangelhaften Beschaffenheit der Sache) die Gegenleistung bestimmt wurde.

Sodann gehen sämtliche Theorien vom reinen Willensprinzip und von dem inneren Verhältniss zwischen dem Prinzipal und Vertreter aus. Was der Dritte auf Grund des ihm sichtbaren Sachverhalts anzunehmen berechtigt ist, kommt nicht in Betracht.

Einen gewissen Fortschritt in dieser Richtung bedeutet die von Mitteis aufgestellte Theorie der Willensvertheilung durch das Prinzip des äusseren Auftretens modificiert.

Mitteis¹⁾ unterscheidet diejenigen Fälle, wo das schutzwürdige Vertrauen des Mitcontrahenten in Frage kommt, von denjenigen, bei denen dies nicht der Fall ist. Das erstere ist dann der Fall, wenn sich der Erwerb auf seine Kosten vollzieht (wenn durch das Rechtsgeschäft des Stellvertreters gegen ihn ein Forderungsrecht begründet wird z. B. aedilitische Klagen). So kommt nach der Ansicht dieses Schriftstellers das Vertrauen bei der Redlichkeit (Unredl. des Besitzes), Berufung auf das Publicitätsprinzip in Grundbuchsachen, auf den Satz „Hand muss Hand wahren“ (§. 367 a. b. Gb. Art. 306 HGB.) auf Art. 74 a. d. W. O. beim Erwerb eines gefälschten Wechsels, *conscientia fraudis* bei einem in *fraudem creditorum* abgeschlossenen Rechtsgeschäft nicht in Frage. In diesen Fällen unterscheidet Mitteis zwischen dem speziellen und generellen Auftrag. Bei dem ersteren kommt es nur auf das Wissen des Prinzipals, bei dem letzteren neben dem Wissen des Prinzipals auch auf das W. des Vertreters. Ist dagegen der Wille getheilt und zwar extensiv getheilt, so ist das Wissen (*bona fides*) desjenigen erheblich, der den Erwerb hinsichtlich des Objects beschlossen hatte. Bei intensiver Theilung kommt es auf das Wissen sowohl des Prinzipals als auch des Vertreters an. Wir sehen jedoch keinen Grund, warum das Wissen beider des Prinzipals und Vertreters bloss bei der generellen Vollmacht und bei der intensiven Willenstheilung rechtlich erheblich sein soll. Eben dieselben Gründe, die hier

¹⁾ Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des oesterreichischen Rechts S. 278 ff.

die rechtliche Relevanz der inneren Seelenzustände beider Contrahenten erheischen, gelangen auch da zur Geltung. Es handelt sich nicht bloss um correctes Verhalten des Erwerbers sondern correctes Verhalten bei dem Erwerbsact als solchem. Es ist absolut unzulässig, wie dies Mitteis sehr treffend hervorhebt „dass ein Erwerb, der einen fehlerlosen Titel voraussetzt lediglich auf einem mala fide vorgenommenen Erwerbsact basire“. Ist vielleicht der Titel dann ein fehlerloser, wenn der Vertreter beim Spezialmandat in bösem Glauben versire? Wo die Redlichkeit den Erwerb rechtfertigen soll, da kommt es sowohl auf die Redlichkeit desjenigen, wer erwerben will als auch desjenigen, der den Erwerbsact vornimmt, an. Denn die Rechtsordnung schützt vor allem den redlichen Verkehr und Schutz des redlichen Erwerbs ist nur Consequenz des Verkehrsschutzes. Nicht das Interesse des Einzelnen ist Gegenstand des rechtlichen Schutzes sondern das der Gemeinschaft, das Interesse des gutgläubigen Verkehrs; dass der Einzelne auch zugleich geschützt wird, ist nur Resultat und untrennbare Consequenz des Verkehrsschutzes. Die Rechtsordnung achtet vor allem darauf, dass der Verkehrsact, der Erwerbsact tadellos und fehlerfrei vor sich gehe, nur ein auf Grund eines solchen Erwerbsactes erwerbendes Individuum kann auf den Schutz Anspruch haben. Dies muss um so mehr hervor gehoben werden, als über die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Erwerbers hauptsächlich die dem Erwerbsact begleitenden Umstände entscheiden, der letztere aber bloss von dem Vertreter vorgenommen wird. Im entgegengesetzten Fall könnte von einem unredlichen Besitz nur äusserst selten die Rede sein. Wäre die Unredlichkeit des Vertreters unerheblich, dann könnte man auch dann den Besitz und Eigenthum erwerben und er-sitzen können, wenn der Vertreter von einem Dieb oder Räuber gekauft haben würde.

Ja der Vertreter könnte im Einverständniss mit dem unredlichen Besitzer z. B. Dieb die im fremden Eigenthum befindliche Sache anschaffen und sowohl eigene als auch des Vormanns Unredlichkeit unschädlich machen. Ob der Verkehr an einem solchen Grundsatz gewinnen möchte, ist mindestens bedenklich.

Bei denjenigen Rechtsgeschäften, wo sich der Erwerb auf Kosten des Prinzipals vollzieht, kommt nach Mitteis das Vertrauensprinzip zur Anwendung insoferne, als es für den Kontrahenten von wesentlichem Interesse ist über die massgebende Person nicht getäuscht zu werden (S. 281). Der gutgläubige Dritte darf sich darauf verlassen, dass der Prinzipal oder Vertreter je nachdem der letztere willenlos oder selbstwollend aufgetreten ist, der Wollende war. Durfte er auf Grund des geschäftlichen Auftretens seitens des Vertreters annehmen, dass der Prinzipal der Wollende ist, so kommt es nur auf das Wissen des Letzteren an. Wie aber des Wissen von dem Willen vollständig abhängig und auf die Frage nach der Kenntniss gewisser Thatsachen in dem Wollen dieser Thatsachen die entsprechende Antwort gesucht werden könne, ist nicht einzusehen; worin liegt der innere Anknüpfungspunkt beider Seelenzustände? Warum darf sich der Dritte nicht verlassen, dass der Prinzipal oder Vertreter je nachdem der letztere willenlos (als Bote) oder selbsthandelnd aufgetreten ist, der Wissende war? Mitteis ist seinem Prinzip selber untreu. Wenn der Vertreter einen Spezialauftrag erhalten hat und selbstwollend auftritt, dann kommt es sowohl auf seine scientia als auch die des Prinzipals. Ebenso kommt es bei der extensiven Willenstheilung auf das Wissen desjenigen an, der den Entschluss über den Vertragspunkt, auf welchen sich die scientia bezieht, gefasst hat und zwar ohne Rücksicht ob der Vertreter als Bote oder selbsthandelnd aufgetreten ist. Mitteis hat über die Consequenzen das Prinzip vollständig aufgegeben. Mitteis ist also von den Irrthümern der herrschenden Lehre nicht frei. Auch er will das Wissen nach derselben Chablone wie den Willen behandeln. Er unterscheidet aber und gruppirt die Thatsachen, auf welche sich das Wissen bezieht und betont obgleich unzulänglich und einseitig das Vertrauensprinzip als innere Begründung für eine Gruppe der von ihm unterschiedenen Fälle. Darin liegt der herrschenden Lehre gegenüber ein bedeutender Fortschritt.

Die herrschende Lehre versucht alle Fälle wo neben der Kenntniss des Prinzipals auch diejenige des Vertreters in Frage kommt, unter ein einheitliches Prinzip zu-

sammenzustellen und als ein Problem der Stellvertretungslehre zu behandeln. Sie geht von der rein äusserlichen Thatsache des Geschäftsabschlusses oder einer einfachen Willensbethätigung durch einen Stellvertreter und behandelt das Wissen nach einer und derselben Chablone. Die Formel lautet für sämtliche Fälle gleichmässig. Um die Thatsache, auf welche sich das Wissen bezieht, den inneren Grund und Zweck, um dessen willen diese Seelenzustände überhaupt in Frage kommen und welcher vielleicht eine abweichende Behandlung der verschiedenen Materien erheischt, kümmert sie sich nicht ¹⁾.

Darin begeht die orthodoxe Doctrin einen dreifachen Fehler. Sie isolirt vollständig das Wissen von ihrem Inhalt, von der Thatsache, auf welche sich dieses Wissen bezieht ebenso, wie die Mathematik das Dreieck aus der Natur abstrahirt ohne Rücksicht darauf, ob dieses aus Holz oder Eisen gemacht ist, roth, grün oder weiss ist. Sie gibt nur reine Formel ohne Inhalt, eine Chablone, in welche die verschiedenartigsten Materien hineingezwungen werden. Andere Bedeutung hat ja doch z. B. die Kenntniss der mangelhaften Beschaffenheit des Kaufgegenstands als Kenntniss solcher Umstände und Thatsachen, die unseren Besitz als einen bösgläubigen qualificiren. Andere Bedeutung hat wiederum conscientia fraudis des mit dem Schuldner in fraudem creditorum kontrahirenden Dritten. Solche Behandlung der hier berührten Frage ist im Prinzip verfehlt. Nicht um den Seelenzustand als eine Abstractheit sondern um das Wissen im Zusammenhang mit ihrem Inhalt, im Zusammenhang mit der Thatsache, auf welche sich das Wissen bezieht, kann es sich handeln, denn darnach ist die Bedeutung des Wissens zu beurtheilen. Zweitens geht die herrschende Lehre auf den Grund und Zweck, um deren willen dem Wissen und Nichtwissen bona oder mala fides rechtliche Relevanz zukommt, nicht ein. Es handelt sich eben um den Grund und Zweck, warum das Wissen dieser oder jener Thatsache Rechtsfolgen hervorruft und in der Rechtswelt überhaupt in Betracht zu ziehen ist.

¹⁾ Leonhard Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach röm. R. II. S. 495 sieht hierin eine unrichtige Verallgemeinerung der Einzelnentscheidungen.

Erst wenn man diesen inneren Grund untersucht kann man entscheiden, ob nur das Wissen des Prinzipals oder auch dasjenige des Vertreters rechtliche Bedeutung haben soll. So hat z. B. das Wissen oder Überzeugung über solche Thatsachen, welche unseren Besitz als bösgläubigen qualifizieren (*mala fides* beim Besitz) andere Bedeutung als Kenntniss von *aedilitischen* Mängeln des Kaufgegenstandes. Dort handelt es sich um Mangel an Rechtfertigung des Erwerbs des Besitzers hier um das schutzwürdige Vertrauen des Mitkontrahenten. Ein anderer Grundfehler der herrschenden Lehre liegt darin, dass sie die Bedeutung der inneren Seelenzustände auf der Hand des Willensprinzips entscheiden zu können vermeint, für die letztere dieselbe Chablone, wie für das Willensmoment angewendet wissen will. Sie stellt sich die Frage nicht, welche Bedeutung das Wissen, Nichtwissen *bona*, *mala fides* des Prinzipals oder des Vertreters je nach dem Inhalt dieser Seelenzustände und nach innerer Begründung ihrer Relevanz hat sondern entscheidet dieses Problem an der Hand des Willensprinzips¹⁾. Wer den geschäftlichen Willen produziert hat, auf dessen Wissen und andere Seelenzustände kommt es an. Sie findet den Zusammenhang da, wo er gar nicht zu suchen ist. Denn was hat das Wollen mit dem Wissen Gemeinschaftliches? Nichts als, dass sie psychische Vorgänge sind. Aber diese ihre Qualität kann gewiss nicht über ihre Bedeutung und Tragweite für das Recht entscheiden. Vielmehr ihr Rapport zu den Lebensverhältnissen und Bedürfnissen der beiden contrahirenden Parteien. Nur der Umstand kein entscheidende Bedeutung haben, dass der Dritte den seinem Vertragsgenossen bekannten Sachverhalt als Grundlage des Vertrags ansehen darf, dass er den auf dieser Grundlage geschlossenenen Vertrag der Lebens- und Vermögenssphäre des Gegners entsprechen wähnt. Auf Grund und nach Massgabe dieser berechtigten Annahme soll er rechtlichen Schutz geniessen. Das Problem lässt sich nur dann lösen, wenn man

¹⁾ Dageden vor allen Leonhard II. S. 495. Dieser Schriftsteller sieht darin, dass man in der l. 12. D. de contr. empt. 16, 1. welche nur von Wesentlichkeit des Irrthums spricht, auf alle Bewusstseinszustände anwenden will, nur eine unrichtige Verallgemeinerung der röm. Quellen.

die inneren Seelenzustände, Bewusstseinszustände, Überzeugungen, Vorstellungen im Zusammenhang mit ihrem Inhalt und innerem Grund und Zweck und in ihrem Rapport zu den Bedürfnissen des Subjects betrachtet.

Die Lösung des Problems erheischt mithin 1) Loslösung desselben von der Chablone und Formel, die für den Willen gelten soll, 2) Prinzipielle Würdigung des Inhalts des Bewusstseins, der Thatsache um deren Kenntniss es sich handelt; 3. genaue Eingehung auf den Grund und Zweck um deren Willen die Kenntniss resp. Unkenntniss dieser Thatsache Bedeutung hat.

Gesetzt das Wissen beziehe sich auf die aedilitischen Mängel der angeschafften Sache und benehme die *ao. redhibitoria* oder *ao. quanti minoris* nach dem gemeinen, den Gewährleistungsanspruch nach dem österreichischen Recht. Nun ist zu untersuchen, warum die Rechtsordnung die Geltendmachung dieser Ansprüche von Unkenntniss der Mängel abhängig macht. Wer eine Sache an sich bringt, will damit die subjectiv bestimmten oder gewöhnlichen Lebensbedürfnisse befriedigen. Ist die Sache fehlerhaft so ist klar, dass sie nicht im Stande ist dem Erwerber dasjenige Bedürfniss zu decken, welches er mit eben der Sache befriedigen wollte. Sind ihm aber die Mängel bekannt, dann gibt er dem Gegentheil dadurch zu erkennen, dass ihm die Sache auch so genehm sei, dass sie auch mit diesen Mängeln seinen Bedürfnissen entspreche. Der Mitkontrahent darf sich verlassen, dass der Wille seines Vertragsgenossen auf die Sache trotz ihrer Mängel gerichtet ist und dass der Vertrag nicht angefochten werden wird, dies um so mehr wenn der Verkäufer seinen Vertragsgenossen auf die Mängel ausdrücklich aufmerksam gemacht hat. Um des Vertrauens des Mitkontrahenten *bona fides* des Verkehrs willen wird dem die aedilicischen Mängel kennenden Käufer jeder Anspruch abgesagt. Wird der Vertrag durch den Stellvertreter abgeschlossen, so kommt in Frage, ob auch das Wissen des Letzteren die Geltendmachung des Evictionsanspruchs ausschliesse. Der Veräusserer kontrahirt mit dem Vertreter seines Vertragsgenossen. Er macht ihn auf die mangelhafte Beschaffenheit der Sache aufmerksam. Der Entschluss des Vertreters geht dennoch auf

die mangelhafte Sache. Kann der Prinzipal den Gewährleistungsanspruch geltend machen?

Die herrschende Lehre wird unterscheiden, wer den betreffenden Vertragspunkt gewollt hat, der Prinzipal oder Vertreter, beim generellen Mandat wird sie den Anspruch ausschliessen beim Spezialmandat wird sie die Geltendmachung gestatten. Wird aber dadurch das Vertrauensprinzip nicht negiert, Treu und Glauben im Verkehr nicht verkürzt? Kann der Dritte aus irgend welchen Kriterien erkennen, ob der Wille vom Prinzipal oder Vertreter komme, ob der Vertrag angefochten wird oder nicht? Er hätte ihn wahrscheinlich nicht abgeschlossen, wenn er gewusst hätte, dass der Prinzipal der mangelhaften Sache nicht bedürfe. Beim Vertragsabschluss wurde möglicherweise in der Bestimmung des Entgelts auf mangelhafte Beschaffenheit Rücksicht genommen. Ist dies nicht geschehen, so kann der Vertrag nur unter den Voraussetzungen angefochten werden, unter welchen ein Vertrag wegen Unverhältnissmässigkeit beiderseitiger Leistungen überhaupt angefochten werden kann. Nach österreichischem Recht also nur wegen *laesio enormis ultra dimidium*. Der Dritte darf sich darauf verlassen und vertrauen, dass der Vertreter die Bedürfnisse und Interessen seines Geschäftsherrn auf Grund des gegenseitigen Rapports zwischen beiden gebühlich kennt, beurtheilt und durch den Vertrag befriedigt und muss nach Massgabe dieses Vertrauens geschützt werden. Das Vertrauensprinzip erfordert, dass sowohl dem Wissen des Prinzipals als auch dem Wissen des Vertreters rechtliche Erheblichkeit zukomme. Hat der Vertreter trotz Kenntniss von der mangelhaften Beschaffenheit der Sache dennoch dieselbe für den Prinzipal angeschafft, dann muss der Prinzipal dies hinnehmen und für die Nachlässigkeit oder *dolus* seines Vertreters eintreten, gegen den redlichen Dritten steht ihm kein Anspruch zu. Ob dieses Resultat auch für andere Fälle anwendbar ist, kann nur unter der Voraussetzung zugestanden werden, wenn innere Begründung genau dieselbe wäre, also das Vertrauensprinzip. Sonst kann das Resultat auch analog sein. Die Folgen können dieselben sein aber die innere Begründung wird verschieden ausfallen. Dann ist die Gleichmässigkeit nur eine

zufällige, eine äussere. Eine steife Chablone für alle Fälle lässt sich jedoch nicht aufstellen. Dass dieses Prinzip auch das römische Recht anerkennt, wollen wir im Folgenden nachweisen. Sämmtliche scheinbaren Widersprüche im römischen Recht finden darin ihre Quelle. Die Widersprüche und Schwierigkeiten hat sich die herrschende Lehre selber geschaffen indem sie eine steife Chablone, eine konstante Formel aufstellt, die für die Einzelnentscheidungen nicht passt. Für den Gewährleistungsanspruch hat das Wissen deshalb Bedeutung, weil der Mitcontrahent berechtigt ist anzunehmen, dass beim Wissen des Gegentheils der Gegenstand des Vertrags auch trotz der Mängel seinen Interessen entspricht; sonst wäre nicht einzusehen warum er den Vertrag ab schliesst — und dieses sein Vertrauen verdient den rechtlichen Schutz. Dieses Vertrauen und diese berechtigte Annahme begründet bei ihm das Wissen des Vertretenen oder Vertreters, des Ersteren selbstverständlich, denn um seine Interessen und Bedürfnisse handelt es sich hier in erster Linie, des Letzteren, weil infolge des zwischen dem Vertretenen und Vertreter bestehenden Vertrauensverhältnisses der Dritte anzunehmen berechtigt ist, dass zwischen Beiden ein Einverständniss in diesem Punkte erfolgt ist und dass der Vertreter auch in diesem Punkte nur das Interesse des Prinzipals zum Ausdruck bringe. Bei der *actio Pauliana* handelt sich nicht um den Schutz des gutgläubigen Verkehrs des einen Contrahenten gegenüber dem anderen sondern um Schutz des einen Contrahenten gegenüber den Gläubigern seines Mitcontrahenten. Selbstverständlich können hier die Grundsätze nicht die nämlichen sein. Wenn trotzdem das Resultat dasselbe wäre, so ist dies nur zufälliges, denn nicht aus inneren Gründen fliessendes Resultat. Wie kann man hier davon ausgehen, es komme an das Wissen desjenigen an, der den betreffenden Theil des Willensinhalts bestimmt hat, da hier das Wissen einen ausserhalb des Vertrags stehenden und für das Verhältniss zwischen den Contrahenten völlig belanglosen Umstand betrifft dh. den Umstand, dass der Gegenheil in *fraudem creditorum* handelt.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass man dann nicht von gutem Glauben reden kann, wenn demjenigen für den die

Vertretungswirkungen in Kraft treten sollen, der Umstand bekannt war.

Uns stellt sich die Sache ganz einfach vor. Ist die relevante Thatsache dem Prinzipal bekannt, so schadet ihm dieses Wissen immer, ob er auch nur ein Generalmandat ertheilt hat und er kann sich nicht darüber beklagen, dass der Mitkontrahent diese seine Vorstellung, dieses sein Bewusstsein von dem Sachverhalt als Grundlage in den Vertrag mithineingezogen hat. War die Thatsache bloss dem Vertreter bekannt, dann darf sich der Dritte verlassen, dass auch der Prinzipal der Wissende sei oder dass das Zustandekommen des Vertrags auf Grund des dem Vertreter bekannten Sachverhalts den Interessen und Bedürfnissen des Prinzipals entspreche. Zu dieser Annahme berechtigt ihn das Vertrauensverhältniss zwischen dem Prinzipal und seinem Vertreter so wie der Umstand, dass er dem Vertreter die Kenntniss der Bedürfnisse seines Auftraggebers und gehörige Würdigung derselben zumuthen darf. Auf Grund dieser Annahme ist der Vertreter berechtigt den rechtlichen Schutz zu verlangen. Nun kommen wir zu dem römischen Recht:

Die betreffenden Quellenstellen sind folgende:

1. fr. 51 pr. D. de aedil. edicto 21. 1. Africanus 8 quaest. Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat, et redhibitoria vel ex emto dominus experiatur, omni modo scientiam servi, non domini spectandam esse ait, ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit et certum incertumve eo mandante emerit quia tunc et illud ex bona fide est, servum cum quo negotium sit gestum non esse deceptum et rursus delictum ejusdem, quod in contrahendo admiserit, domino nocere debet. sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor.

Das ädilitische Edict ertheilt dem Käufer eine doppelte Klage wegen Mängel des Kaufgegenstandes und zwar ohne Rücksicht, ob dieselben dem Verkäufer bekannt waren oder nicht, jedoch unter der Voraussetzung, dass der Käufer vom Dasein der Mängel keine Kenntniss hatte: die actio redhibitoria auf Auflösung des Vertrags oder actio quanti minoris auf Minderung des Kaufpreises. Es sind ganz selbständige

Klagen, deren Grund lediglich in der Thatsache der mangelhaften Beschaffenheit des Kaufgegenstandes und der Unmöglichkeit mittelst desselben diejenigen Bedürfnisse zu decken, welche gewöhnlich und durchschnittlich damit befriedigt werden können, liegt. Ausserdem steht dem Käufer noch eine Kontraktsklage *ex emto* zu, freilich unter anderen Voraussetzungen. Hat nun die Sache ein Sklave gekauft, so schadet nach Afrikan sein Wissen dem Gewalthaber schlechthin, ohne Rücksicht, ob der Herr einen speziellen oder generellen Auftrag erteilt, ob ihm die Mängel bekannt waren oder nicht, ob der Sklave für das *peculium* oder für den Herrn gekauft hat. Bei *ignorantia* des Sklaven dagegen schadet dem Gewalthaber auch seine Kenntniss von Mängeln der Kaufsache. Nach Afrikan ist also der Anspruch auf *Redhibition* oder Preismin- derung dann ausgeschlossen, wenn die mangelhafte Beschaffenheit des Kaufgegenstandes einem von beiden gemeinschaftlich auftretenden Personen dem Prinzipal oder Vertreter bekannt war.

Die Puchta-Vangerow'sche Theorie und die Repraesentationstheorie finden in der ersteren Entscheidung eine Stütze in der letzteren einen grellen Widerspruch. Aus der kategorischen Behauptung Afrikans „*omnimodo scientiam servi spectandam esse*“ folgert man, es komme nur auf das Wissen des Vertreters. Diese Ansicht ist unrichtig; die Stelle sagt nur, dass das Wissen des Gewaltunterworfenen immer schädlich ist, keineswegs aber, dass es lediglich auf den Seelenzustand des Letzteren ankomme.

Dagegen widerspricht beiden Theorien die letztere Entscheidung. Hier schadet dem Prinzipal auch sein eigenes Wissen. Man versucht diesen Widerspruch auf verschiedene Weise zu beseitigen. Gewöhnlich behauptet man, der letztere Fall in der citirten Stelle beziehe sich auf ein Spezialmandat. Nach Mühlenbruch (*Cession* S. 127) wäre dies sogar eine Nothwendigkeit, „weil anders wohl von einer *scientia domini* nicht die Rede sein könnte, als wenn der Auftrag an eine bestimmte Sache gerichtet ist“. Diese Nothwendigkeit braucht u. E. nicht angenommen zu werden. Auch bei allgemeinem Auftrag ist es doch möglich, dass die Mängel dem Auftraggeber bekannt sind, wenn z. B. der Sklave seinen

Herrn in Kenntniss setzt oder der letztere zufällig den wahren Sachverhalt erfährt. Bedenklich wäre es ferner, warum der Jurist, der sonst keinen Unterschied zwischen dem Special- und Generalmandat macht, vielmehr in der ersteren Entscheidung jeden Unterschied zwischen General- und Spezialmandat „certum incertumve eo mandante emerit“ prinzipiell negirt, hier dagegen einen solchen statuiren sollte und warum er dies nicht ausdrücklich hervorgehoben habe; wenigstens könnte dies ohne weiters nicht angenommen werden. Davon, dass hier vom Spezialmandat die Rede sei, findet sich in den Quellen keine Spur; dass der Jurist vom Handeln im Auftrage überhaupt spricht, ist verständlich, weil sonst von einer *actio redhibitoria* nicht die Rede sein könnte. Dies muss man vor allem im Auge behalten, dass die *actio redhibitoria* auf die Auflösung des Vertrags geht also nur für denjenigen Bedeutung hat, den der Vertrag bindet. Bekanntlich aber kann der Sklave seinen Gewalthaber nur berechtigen, nicht verpflichten. Nun steht es in der Macht des Letzteren, den Vertrag aufrechtzuerhalten oder nicht. Er kann nämlich die durch den Sklaven erworbenen Rechte geltend machen, wobei er selbstverständlich den Vertrag auch seinerseits erfüllen muss, sonst steht dem Gegner *exc. non adimpl. contr.* zu. Er kann ihn aber auch fallen lassen, wenn er seine Rechte nicht geltend machen will. Hier hat *actio redhibitoria* keine praktische Bedeutung, denn wenn der Vertrag nicht bindet, der braucht nicht auf Auflösung zu klagen. Wenn aber der Sklave im Interesse des *peculium* oder im Auftrag des Herrn handelt, dann ist der Herr aus seinem Vertrag verpflichtet und zwar mit der *actio de peculio* bis zur Höhe des *peculium* oder mit der *ac. instit. quasi instit. quod iussu*. Nur in letzteren Fällen kann von redhibitorischer Klage die Rede sein. Dies ist der Grund, warum der Jurist das Handeln *peculiari nomine* und *mandatu domini* ausdrücklich hervorhebt und dass er zwischen Handeln im und ohne Auftrag unterscheidet, da im letzteren Fall von der *actio redhib.* keine Rede ist. Denn nur dann, wenn der Prinzipal einen Auftrag ertheilt, hat diese Klage für ihn eine Bedeutung; wo der Sklave weder im Auftrag des *dominus* noch für das *peculium* han-

delt da braucht der Herr nicht auf Redhibition zu klagen, denn er ist aus demselben gar nicht verpflichtet.

Zugegeben aber, dass in der letzteren Stelle nur von einem Spezialmandat die Rede sein kann, so ist noch zu erklären, warum der Jurist nur beim speziellen Auftrag zum Ankauf einer Sache, deren mangelhafte Beschaffenheit er kennt, das Wissen des Herrn berücksichtigt. Cujaz¹⁾ erklärt dies als eine Singularität der *ao. redhibitoria*. Der Grund der ausnahmsweisen Entscheidung sei eine mildere Interpretation (*in dubiis minimum*); milder ist die Interpretation, wenn sie den Vertrag aufrechterhält. Cujaz sieht nun in der letzteren Entscheidung eine Beschränkung der Vertragsrescindirungsgründe.

Hellmann, dem der erste Fall der Entscheidung, wo der Jurist zwischen dem Spezial und Generalmandat nicht unterscheidet, zu seiner Theorie nicht passt, versucht die Stelle auf ganz willkürliche Weise hinwegzuinterpretieren. Das „*incertum*“ soll die Kaufsvollmacht im allgemeinen, „*certum*“ die Vollmacht zum Kauf einer bestimmten Gattung bedeuten. Er sieht nun durch diese Interpretation den Unterschied zwischen Spezialmandat und Generalmandat im ersten Fall der Afrikan'schen Entscheidung nicht negirt.

Mühlenbruch unterscheidet zwischen dem Kaufabschluss im Interesse des *peculium* und für den Herrn; im ersteren Falle kommt es nur auf das Wissen des Gewaltunterworfenen an, im letzteren auch auf das des Gewalthabers, dann nämlich, wenn derselbe einen Auftrag erteilt hat (Mühlenbruch Cession S. 119. 120. Text und Note 242); u. E. unrichtig. Nicht um den Gegensatz zwischen dem Handeln für das *peculium* und für den Gewalthaber handelt es sich in dieser Stelle, sondern um den zwischen der Kenntniss und Unkenntniss des Sklaven. Wir können also der Ansicht Glück's mehr beipflichten, der diesen Unterschied richtig hervorhebt und den Grundsatz aufstellt, dass nach Afrikan das Wissen des Gewaltunterworfenen schlechthin schade, sein Nichtwissen aber nicht taugt (Glück Commentar XX S. 51).

2. fr. 51 §. 1 D de aedil. ed. 21. 1 Africanus 8. quaest. circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit morbo-

¹⁾ Cujacius Tractatus ad Afrikanum I. S. 1495.

sum, vitiosum esse, non dubitandum, quia, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit, at cum ipse ignorans esse vitiosum mandatu domini, qui id sciret emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam.

Afrikan unterscheidet 2 Fälle 1) Mängel des Kaufgegenstandes sind dem procurator bekannt, ohne Rücksicht auf den dominus 2) dieselben sind ihm zwar unbekannt, dem dominus aber bekannt. Im ersten Falle steht ihm die actio redhibitoria nicht zu, trotzdem er dem Herrn mit der actio mand. oder neg. gest. haftet; im 2-ten Falle steht ihm dieselbe zu und es soll ihm eine utilis exceptio ex persona domini nicht entgegengesetzt werden.

Mühlenbruch (Cession S. 121. u. 244) restringirt die Entscheidung bis auf den Fall, das der Mandatar bei Erhebung der Klage nicht dolos handle dh. dass er die Klage nicht zu dem Zwecke anstelle, um dem Herrn einen Vortheil zu ertheilen, den er nicht hätte, wenn er selbst die Klage erheben würde. Nach Buchka (S. 58.) gibt es für solche Restriction keinen Anhalt; sie widerspricht der röm. Regel, dass das Forderungsrecht vor der ausdrücklichen oder fingirten Cession ein eigenes Recht des procurator sei und dass ihm eine exceptio aus der dem Rechtsgeschäft ganz fremden Person nicht entgegenstehen kann.

In der That fehlt uns in dieser Stelle an dem wesentlichen Moment der Stellvertretung nämlich an der Konstatirung der Thatsache, dass der procurator als wahrer Stellvertreter, also *contemplatione domini* gehandelt. Aus dem Begriff des procurator kann dies nicht deducirt werden, denn procurator kann im Namen des Prinzipals, aber auch als Interessenvertreter, Ersatzmann dh. ohne Bezugnahme auf den Prinzipal handeln. Der Umstand, sowie das Prinzip des röm. Recht, dass ein procurator Rechte in seiner Person erwirbt und sich in erster Linie verbindlich macht, und erst nachher auf Grund wirklicher oder fingirter Cession-Delegation Rechte und Verbindlichkeiten auf den dominus als abgeleitete (*cedirte-delegirte*) überträgt, ist wohl der Grund, dass diese Stelle unser Prinzip nicht bestätigt; sie beweist eben desshalb gegen dasselbe nicht.

Nach Hellmann (a. a. O. S. 161, 162) handelt die Stelle vom Commissionskaufe; der Procurator kontrahirt im eigenen Namen, nur für fremde Rechnung (als Interessenvertreter).

Mitteis (a. a. O. S. 125.) interpretirt fr. 51. nach dem Gesichtspunkte des äusseren Auftretens, dem zufolge der Prinzipal, der einen speziellen Auftrag gegeben hat, obgleich ihm die aedil. Mängel unbekannt waren, wenn dieselben der Stellvertreter kannte und selbstbeschliessend aufgetreten ist, die *ao. redhibit.* nicht anstellen kann, und umgekehrt im zweiten Fall der procurator, dem die Mängel unbekannt waren, obwohl er auf speziellen Auftrag des Prinzipals kauft, die *actio redhib.* anstellen darf „weil er als selbstbeschliessend auftritt“.

3. Fr. 13. D. de contr. empt. 18. 1. Pomponius IX. ad Sab. Sed si servo meo vel ei cui mandavero vendas sciens fugitivum illo ignorante me sciente, non teneri te ex emto verum est.

Der Käufer hat wegen Mängel des Kaufgegenstandes ausser den aedilitischen noch eine Kontraktsklage *ex emto*, ebenfalls unter Voraussetzung der Nichtkenntniss von Mängeln der Kaufsache.

Diese Stelle widerspricht frappant der herrschenden Repraesentationstheorie. Deshalb nehmen die Anhänger derselben eine Modification der Lehre für den Fall an, wenn der Prinzipal einen speziellen Auftrag erteilt hat und verstehen die Stelle so, dass sie lediglich vom Spezialmandat handeln soll, und dass es bei dem Spezialmandat auch auf das Wissen des Mandanten ankomme. Wir finden jedoch in der Stelle nichts, was uns berechtigen möchte hier ein Spezialmandat anzunehmen. Dies beruht auf einer willkürlichen Annahme. Der Sklave braucht nicht erst eines Mandats, um den Herren aus seinem Vertrag zu berechtigen.

Pomponius sagt hier ganz allgemein „non teneri te ex emto verum est“. Der Mandatar hat die Klage gegen den Verkäufer selbst und ist verpflichtet dieselbe dem Mandanten zu cediren. Man kann nun von einer directen Klage des Mandatars oder einer cedirten des Mandanten reden. Bezieht sich nun das „non teneri te ex emto“ auf die directe Klage des Mandatars oder die cedirte des Mandanten oder auf beide?

Dass der Mandant keine Klage hat, kommt davon, dass er beim Geschäftsabschluss die Mängel des Sklaven kannte, in seiner Person also die Voraussetzungen der Klage nicht vorliegen. Aber auch dem Mandatar steht keine Klage zu, weil er kein selbständiges Interesse an dem Rechtsgeschäft hat, der Prinzipal aber gegen den Mandatar keinen Anspruch haben kann, da die Hindernisse der Klage in seiner Person zutreffen.

4. Fr. 16. §. 3. D. de lib. causa 40. 12. Ulp. 55. ad ed. Quare si filius familias emit, siquidem ipse scit, pater ignoravit, non adquisiit patri actionem. Hoc si peculiari nomine egerit, ceterum si patre mandante, hic quaeritur an filii scientia noceat? Et puta adhuc nocere quemadmodum procuratoris nocet. Plane si filius ignoravit, pater scit, adhuc dico repellendum patrem, etiamsi peculiari nomine filius emit, si modo pater praesens fuit potuitque filium emere prohibere.

Kauf eines Freien, der sich dolos als Sklave ausgiebt, ist ungiltig, der Käufer hat jedoch eine Strafklage auf das Doppelte des Kaufpreises wegen dolus unter Voraussetzung, dass ihm der status des Menschen unbekannt war. Hat den Freien ein filius familias gekauft, so erwirbt der Hausvater die Klage. Es fragt sich, auf wessen Wissen es ankomme, das des Hausvaters oder des Haussohns? Der Jurist unterscheidet zwischen dem Handeln „peculiari nomine“ im Interesse des peculium und dem Handeln im Auftrage des Herrn. Diese Fälle wiederholen sich charakteristisch überall, wo vom Geschäftsabschluss durch Gewaltunterworfenen die Rede ist. Dies folgt daraus, dass überhaupt nur in diesen Fällen mit den Sklaven kontrahirt wurde. Der Mitkontrahent wollte, indem er sich rechtlich obligirte, seinerseits auch Rechte erwerben, beim Geschäftsabschluss durch Sklaven konnte er dies nur in oben genannten Fällen. Handelt der Haussohn im Auftrage des Hausvaters, dann schadet sein Wissen ebenso, wie das des procurator. Die Gleichstellung mit procurator ist bedenklich, da doch der Letztere nicht direct dem Auftraggeber die Klage erwirbt, vielmehr dieselbe erst in seiner Person begründet und durch Cession überträgt, sodann weil die nächstfolgende l. 17. h. t. in dieser Beziehung ein

anderes Resultat ausweist. Der Gleichstellung mit *procurator* kann allgemeine Geltung nicht zuerkannt werden, sie bezieht sich nur auf unseren Fall speziell, erstens weil es nur eine Strafklage, keine Kontraktsklage sei, zweitens, weil in Hinsicht auf die Folgen der Erwerb durch einen *procurator* des Auftraggebers eigenem Erwerb ausdrücklich gleichgestellt wird (fr. 21. §. 1. D. cit.). Nach dieser Entscheidung Ulpians schadet also das Wissen des Gewaltunterworfenen schlechthin. Aus dieser Stelle kann man nicht entnehmen, dass beim Handeln des *filius fam. peculiari nomine* nur das Wissen des Letzteren in Betracht komme, wie dies die Repraesentationstheorie folgert. Ulpian entscheidet nur, dass die Kenntniss des *filius fam.* dem Hausvater schlechthin schadet und zwar sowohl beim Handeln *peculiari nomine* als auch „*patre mandante*“. Andererseits wirkt auch das Wissen des Gewaltgebers nachtheilig ein und zwar auch dann, wenn der Haussohn für das *peculium* handelt, aber in Anwesenheit des Vaters, der ihn am Geschäftsabschluss hindern konnte. Die Repraesentationstheorie, mit welcher der Schlusssatz dieser Stelle unvereinbar ist, nimmt hier auch ein Spezialmandat an. Dies ist jedoch in der Stelle nicht gesagt und darf nicht ohne weiters angenommen werden. (Hellmann a. a. O. S. 160.).

Vielmehr unterscheidet die Stelle zwischen General- und Spezialmandat gar nicht, insofern natürlich von der Kenntniss beim generellen Mandat die Rede sein kann. Auch beim Generalmandat kommt das Wissen des Prinzipals in Betracht, so fern dies überhaupt möglich. Bei dem Spezialmandat wird es gewöhnlich vorkommen. Bei der Generalvollmacht erfährt der Prinzipal den Inhalt des Rechtsgeschäfts gewöhnlich erst, nachdem das Rechtsgeschäft bereits abgeschlossen war. Vom Wissen im Momente des Vertragsabschlusses kann nicht immer die Rede sein. Der Stellvertreter kann seinen Geschäftsherrn in Kenntniss setzen, indem er ihn anfragt. Erfährt er aber zufällig, so hat sein Wissen auch dann Bedeutung, wie dies die Ulpianische Stelle ausdrücklich bezeugt.

Plane si filius ignoravit pater scit, etiamsi peculiari nomine filius emit, si modo pater praesens fuit potuitque filium emere prohibere.

„Praesens“ ist nicht im wörtlichen Sinn zu nehmen, es bedeutet nur eine Art der Kenntnissnahme des Vaters. Nicht die Gegenwart, wohl aber die Kenntniss des Vaters ist der Grund, warum der Jurist ihm die Klage abspricht. Das Resultat entspricht vollständig den Grundsätzen der bona fides. Wo das Wissen (Nichtwissen) gewisser Umstände rechtliche Bedeutung haben soll, kommt es hauptsächlich auf die bona fides des Verkehrs an. Wenn nun z. B. auch beim Generalmandat die ädilitischen Mängel dem Prinzipal, der ja der allgemeine Träger der Wirkungen des Rechtsgeschäfts ist, bekannt sind, und er das Rechtsgeschäft trotzdem geschehen lässt, kann man ihm die *ao. redhibitoria* zuerkennen? Es ist unbilliger, dass der Prinzipal, der sich im bösen Glauben befindet, durch den gutgläubigen Vertreter erwerbe, als dass ein gutgläubiger Prinzipal durch einen *mala fide* Stellvertreter, den er mit dem Geschäftsabschluss betraut hat, nicht erwerbe. In dieser Stelle gelangt Ulpian zu derselben Entscheidung, welche wir als mit *bonae fidei* Prinzipien vereinbar ausgeführt haben, obgleich die Thatsache, auf die sich das Wissen bezieht und der Grund, um dessen willen die Rechtsordnung auf die Wissenschaft Gewicht legt, verschieden sind.

5. Fr. 17. D. de lib. causa 40. 12 Paul. 51. ed. In servo et in eo qui mandato nostro emit, tale est, ut si certum hominem mandavero emi sciens liberum esse idem sit. et non competet ei actio. contra autem si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda.

Der Kauf eines Freien, der sich fälschlich als Sklave ausgibt, ist ungiltig. Der gutgläubige Käufer hat jedoch eine Klage (*actio in factum*) auf das Doppelte gegen den Freien, der sich fälschlich als Sklaven ausgegeben hat. Diese Klage steht nur dem gutgläubigen Käufer zu; hat also der Käufer um die Freiheit gewusst, dann hat er keinen Anspruch. Wie nun, wenn der Kaufvertrag durch einen Sklaven oder Procurator abgeschlossen wurde?

Diese Frage entscheidet die obige Stelle. Sie handelt zu erst von einem Spezialmandat „si certum hominem emi mandavero“. Ferner betrachtet Paulus als selbstverständlich, dass dem wissenden dominus weder die *actio directa* beim Slavenerwerb noch die *cedirte Klage* beim Erwerb durch ei-

nen procurator zustehe so, dass er in dieser Hinsicht nicht einmal die Frage aufwirft.

Nun sagt Paulus: War die Freiheit dem Mandanten, der den Auftrag zum Ankauf eines bestimmten Menschen gab, bekannt, dann steht die Klage dem Mandatar nicht zu. Die scientia des dnus. (Mandanten) ist also auf den Anspruch von Einfluss. War dagegen die Freiheit dem Mandanten unbekannt, so steht ihm die Klage zu, auch wenn der procurator um die Freiheit gewusst habe.

Die Stelle ist eine crux für diejenigen Schriftsteller, welche unmittelbare Stellvertretung sowohl für das römische als auch moderne Recht prinzipiell negiren, die Rechte und Verbindlichkeiten ursprünglich in der Person des Procurators entstehen und begründen, so dann als delegirte und cedirte Rechte (Verbindlichkeiten) auf Grund wirklicher oder fingirter Cession auf den Prinzipal übergehen lassen. Denn wie kann dem Mandanten die Klage zustehen, wenn sie in der Person des procurator nicht begründet ist und wie ist das möglich, dass das Wissen des Mandanten den procurator um seinen Anspruch bringe, da ja dieser in der Person des procurator vollkommen begründet ist? Man nimmt zur Corruption und Emendierung des Textes Zuflucht. Nach dieser Auffassung sei diese Stelle mit der vorangehenden durch „tale est, ut idem sit“ verbunden. Die vorangehende l. 16. §. 3. stellt den Grundsatz auf, dass das Wissen des filius wie dasjenige des procurator dem Vater resp. Mandanten immer schade. Aus dieser Stelle zieht diese Theorie zuerst den unrichtigen Schluss, dass es immer nur auf den Seelenzustand des procurator ankomme. Daraus aber, dass das Wissen des procurator dem Prinzipal schade, kann nicht mit Fug und Recht darauf geschlossen werden, dass die ignorantia des procurator dem Letzteren nutze, dass es somit jedenfalls nur auf das Wissen oder Nichtwissen des procurator ankomme. Auf Grund dieses unrichtigen Schlusses behauptet diese Theorie, dass die citirte l. 17. obgleich sie mit der vorangehenden l. 16. §. 3. durch „tale est, ut idem sit“ verbunden zu sein scheint, dennoch derselben widerspreche, weil sie auch dem inneren Seelenzustand des Prinzipals Bedeutung zuschreibt. Deshalb nehmen Mühlenbruch (Cession S. 126. ff.) und Buchka (Stell-

vertretung S. 160. 161.). Corruption des Textes an und emendiren die Stelle so: „et non competet mihi actio. Contra procuratorem autem si ego ignoravi procurator scit, non est mihi deneganda“. Diese Emendation ist jedoch in zwei Punkten bedenklich. Dass dem wissenden Mandanten keine Klage zustehe, war dem Juristen so selbstverständlich, dass er es als unnöthig betrachtete dies ausdrücklich hervorzuheben. Ein Zweifel könnte nur in Bezug auf die Frage entstehen, ob dem nichtwissenden procurator die Klage zustehe. Nur dies kann Paulus im ersten Theile im Sinne haben „et non competet ei actio“. Eine Klage gegen den procurator können wir dem dominus nicht einräumen, da ja der Mandant doch unmöglich eine Klage gegen seinen Mandatar, der nur seinen speziellen Auftrag genau ausgeführt hat, haben kann. Sodann kann vom Zusammenhang dieser Stelle mit der vorangehenden l. 16. §. 3. gar nicht die Rede sein, eher ist mit Dunkhase anzunehmen, dass sich die Worte „tale est, ut idem sit“ auf die unmittelbar folgenden Worte „et non competet ei actio“ beziehen. An einen Zusammenhang ist um so weniger zu denken, als beide Stellen aus den Werken verschiedener Juristen excerpirt sind. Zuletzt könnte diese Stelle auch bei Annahme eines Zusammenhangs nur mit dem Schlusssatz der l. 16. §. 3. zusammenhängen, würde dann mit demselben vollkommen übereinstimmen, da dort auch das Wissen des Hausvaters von Einfluss ist. Mit dem zweiten Theil dieser Stelle steht die vorangehende l. 16. §. 3. in keinem Zusammenhang, sie wird derselben vielmehr durch „contra“ gegenübergestellt. Auch die Repraesentationstheorie kann sich mit dieser Stelle nicht betraut machen, da sie auch sämtliche Seelenzustände der Person des Vertreters entnimmt.

Dagegen fällt diese Entscheidung gerade im Sinne derjenigen Theorie, die zwischen dem allgemeinen und speziellen Mandat unterscheiden will und bei dem ersteren nur auf die inneren Zustände des Vertreters, bei dem letzteren auch auf die scientia resp. ignorantia des Prinzipals bezüglich desjenigen Theils des Willensinhalts, welchen der Letztere producirt hat, das Gewicht legt.

Dass diese Theorie in der citirten Stelle eine mächtige Stütze findet, scheint auf den ersten Blick begründet zu

sein — völlig beweisend ist sie aber nicht. Der Stelle ist nur derjenige Inhalt zu entnehmen, den sie enthält; weiterer generalisirender und deductiver Schlüsse ist die Stelle unfähig, wie überhaupt bei der Behandlung der römischen Quellenstellen vor Generalisation und Deduction nicht genug gewarnt werden kann. Vor allem kann man weder darauf schließen, dass beim speziellen Mandat auf jeden Fall nur Seelenzustände des Prinzipals in Betracht kommen noch dass beim generellen Mandat nur diejenigen des Vertreters. Vielmehr ist es näher zu untersuchen ob diese Entscheidung nicht auf dem Poenalcharakter der Klage beruhe.

Vor allem geht diese Klage nicht gegen den Verkäufer, sondern gegen den Freien, der sich als Sklave ausgibt, ist keine Kontraktionsklage, nur *actio in factum*.

fr. 14. de lib. causa 40.12 Ulp. ad Ed. 55. Rectissime praetor calliditati eorum, qui, cum se liberos scirent dolo malo passi sunt venundari occurrit; dedit enim in eos actionem.

Dass das Wissen des procurator hier gar nicht schadet, kommt von dem Strafcharakter dieser Klage und dem Bedürfniss dem Betrug durch Ausdehnung der Strafe vorzubeugen. Es ist klar, dass dieser Fall vor den vorgehenden prinzipiell verschieden ist. Dort handelt es sich um das Verhältniss der Cotrahenten, um das Vertrauen, hier um reine Poenalklage und Vorbeugung dem Betrug.

Die Stelle steht mit der vorangehenden l. 16 §. 3 h. t. in grellem Widerspruch. Dort schadet das Wissen des procurator, hier schadet es ignorantia domino nicht.

Den Widerspruch versucht man auf die Weise zu lösen, dass man in l. 16 §. 3 ein generelles in l. 17 ein spezielles Mandat annimmt, bei dem ersteren nur Bewusstseinszustände der Vertreters, bei dem letzteren nur diejenigen des Prinzipals in Betracht zieht¹⁾. Der Wortlaut der Stelle berechtigt uns jedoch zu dieser Annahme nicht. Dieses Prinzip wird in die Stelle ganz willkürlich hineingetragen. Dass in l. 17 vom Spezialmandat die Rede ist, beweisen die Worte „si certum hominem“. Dagegen berechtigt uns der Wortlaut der l. 16

¹⁾ Hellmann Stellvertretung S. 160.

§. 3 zu der Annahme nicht, als ob es sich um ein Generalmandat handle. Diese Interpretationsweise findet in den Quellen keine Begründung.

Nach Mitteis²⁾ ist der Widerspruch dadurch zu erklären, dass in l. 16 §. 3 und l. 51 de aedil. edicto der Prinzipal gar nicht handelnd auftrete, er also nicht irregeführt werden könne, in l. 17 cit. sei aber das Vertrauen des dolosen Dritten auf die Kenntnis des procurator gar nicht zu schützen, da er den dominus hintergehen wollte. Dafür, dass der Prinzipal im ersteren Fall handelnd auftrete, im letzteren aber nicht, haben wir keine Anhaltspunkte.

Beweisend und bestimmend kann diese Stelle für uns gar nicht sein, da die Thatsache, auf welche sich das Wissen bezieht, für unsere Lebensverhältnisse keine Beachtung verdient und der innere Grund für andere Bewusstseinsfälle nicht zutreffen kann.

Der Grund, um dessen willen die Klage gegeben wird, liegt in der Ahndung des dolos handelnden Freien und dieser Grund kann gewiss für unsere Verkehrsverhältnisse, bei welchen es sich um das Vertrauensprinzip handelt, nicht zutreffen. Wo aber die Begründung verschieden ist, dort kann das Resultat nicht analog angewendet werden.

Sodann widerspricht diese Stelle der l. 51 D. 21. 1. cit. In beiden Fällen handelt es sich um eine dem procurator zustehende Klage. Hier schliesst das Wissen des dominus die ao. in duplum aus, dort steht die ao. redhibitoria dem procurator zu, trotzdem die mangelhafte Beschaffenheit dem dnus bekannt war.

Der Widerspruch lässt sich erklären durch Verschiedenheit der Thatsache, auf deren Wissen das Gewicht gelegt wird, und aus der Verschiedenheit des Grundes, um dessen willen das Wissen erheblich ist. Dort handelt sich um eine Contracts- hier um eine Delictsklage. Dort kommt es auf den Schutz des gutgläubigen procurator, der sonst den Aufwand an Mühe und Kosten ohne Regress gegen den Prinzipal einbüßen würde, hier um die Ahndung und Bestrafung des Freien für seinen Betrug.

Uebrigens lässt sowohl der wesentliche Unterschied zwischen dem Geschäftsabschluss durch einen procurator des

²⁾ Stellvertretung S. 286 N. 375.

röm. Rechts als auch der scharf ausgeprägte Strafcharakter der Klage keine Analogie zu.

6. l. 2. D. 44. 6. de litig. Si servus cum emerit scit ignoravit autem dominus vel contra videndum est cuius potius spectanda est scientia. Et magis est, ut scientia inspicienda est eius, qui comparavit, non eius cui adquiratur et ideo poena litigiosi competit. sic tamen si non mandatu domini emit. Nam si mandatu, etiam si scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet, et ita Iulianus in re litigiosa scribit.

Eine in Streit befangene Sache darf nicht verkauft werden; im entgegengesetzten Fall trifft den Käufer eine Strafe (poena litigiosi), aber unter der Voraussetzung, dass ihm diese Qualität der Sache bekannt war. Kauft die Sache ein Gewaltunterwerfener, so ist nur auf sein Wissen zu achten, wenn er nicht im Auftrag handelt „et magis est, ut scientia inspicienda sit eius, qui comparavit, non eius, cui adquiratur“. Handelt er aber im Auftrag des Herrn, dann kommt nur das Wissen (Nichtwissen) des letzteren in Betracht. Der zweite Theil der Ulpianischen Entscheidung steht im grellen Widerspruch zu der vorher besprochenen l. 16. §. 3. cit. Dort schadet das Wissen des Gewaltunterworfenen schlechthin, hier schadet es dem nichtwissenden Herrn nicht. Die beiden Stellen werden durch die Annahme, die eine handle vom Spezial- die andere vom Generalmandat, in Einklang gebracht. (Hellmann S. 160). In keiner Stelle ist jedoch ersichtlich, ob sie vom General- oder Spezialmandat handle. Aus den blossen Worten „mandante patre“ „mandatu“ kann dies nicht geschlossen werden. Gewöhnlich behauptet man fr. 2. D. de lit. handle von einem Spezialmandat. fr. 16. §. 3. D. de lib. causa von einem Generalmandat. Die Gleichstellung des filius in fr. 16 mit dem procurator scheint zwar die Vermuthung zu begründen, aber der procurator kann auch ein Spezialbevollmächtigter sein. Mitteis¹⁾ versucht den Widerspruch vom Gesichtspunkte des äusseren Auftretens zu erklären. Nach ihm tritt in fr. 16 der Haussohn als selbständiger Käufer auf, und es kommt deshalb bloss auf sein Wissen an. Zu dieser An-

¹⁾ a. a. O. S. 281. Nr. 368.

nahme haben wir in den Quellen keinen Anhaltspunkt; sie ist ganz willkürlich. Dunkhase ¹⁾ behauptet, fr. 16. §. 3 handle vom Generalmandat, weil das nächstfolgende fr. 17. vom Spezialmandat spreche. Beide Stellen handeln von einer Strafklage, nur die eine für, die andere gegen den Gewalthaber. Sie sind nur Anwendung allgemein geltender Interpretationsregeln. Nach der allgemeinen Interpretationsregel „in dubio mitius“ werden die Gesetze über Strafklagen mildernd interpretirt. Also die Fälle der Zuständigkeit der Klage für den Gewalthaber werden beschränkt dadurch, dass das Wissen des Gewaltunterworfenen schlechthin schadet, seine ignorantia nicht immer nützt; ebenso werden die Fälle der Zulässigkeit der Klage gegen den Herrn beschränkt, indem der wissende Sklave nicht immer eine Klage gegen den Herrn begründet (Buchka Stellvertretung).

7. fr. 2. §. 16 D. pro emptore 41. 4 Paulus 54 ad ed. Si servus tuus peculiari nomine emat rem, quam scit alienam, licet tu ignores alienam esse, tamen usu non capies.

Der Kaufvertrag gehört unter anderen auch zu den Ersitzungstiteln. Da jedoch bei der Ersitzung bona fides verlangt wird, so muss dieselbe im Augenblicke des Kontraktsabschlusses (Beginn der Ersitzung) vorliegen. Dabei kommt es auf das Wissen des eigentlichen Kontrahenten an. Bekanntlich wird im röm. Recht bona fides nur im Anfange der Ersitzung erfordert. War es dem Sklaven bekannt, dass die Sache fremd ist, kann der dominus dieselbe nicht ersitzen, auch wenn er sich in bona fide befand. Mala fides des Sklaven schadet dem dominus bei der Ersitzung. In Anwendung auf die moderne Stellvertretung entspricht diese Entscheidung vollkommen der Puchta-Vangerow'schen und der herrschenden Repraesentationstheorie. Daraus kann jedoch niemals deducirt werden, dass es nur auf das Wissen mala fides des Vertreters ankomme, vor allem kann aus dieser Stelle weder geschlossen werden, dass es nur auf den inneren Seelenzustand des Vertreters ankomme noch dass diese Stelle vom Generalmandat handle. Die Entscheidung fällt im Sinne der beiden Theorien, aber nur in dieser Einzelentscheidung, keineswegs in weiteren Deductionen, deren sie überhaupt nicht fähig ist.

²⁾ a. a. O. S 119 ff.

Eine allgemeine Regel sprechen folgende Stellen aus:

1. fr. 49 D de procur. 3. 3. Paulus 54 ad ed. Ignorantis domini condicio deterior per procuratorem fieri non debet.
2. fr. 5. D de tribüt act. 14. 4. Ulp, 29 ad ed. Procuratoris autem scientiam et dolum nocere debere domino neque Pomponius dubitat nec nos dubitamus.
3. fr. 22 §. 5. D de liberali causa 40. 12 Ulp. 55 ad ed. Sed si per procuratorem scientem quis emerit ei nocet, sicuti tutoris quoque nocere Labeo putat.

Fr. 49. handelt von einem Processprocurator und hat vorwiegend auf diesem Gebiete Geltung.

Fr. 5 spricht von der actio tributoria, deren Voraussetzung die Kenntniss des Hausherrn vom Handelsbetriebe des Sklaven ist; die Kenntniss des procurator reicht auch zur Begründung der Klage aus. Fr. 22 handelt vom Kauf eines Freien, der sich dolos als Sklave verkauft.

Die beiden letzteren Stellen sind für das moderne Recht überhaupt unpraktisch und können analog nicht angewendet werden.

Mit vollem Recht ist an dem Grundsatz wenigstens dann festzuhalten, wenn dem gutgläubigen Dritten die Wissenschaft des Prinzipals bekannt war, und er diesen Umstand in den Vertrag hineingezogen oder zum Massstab für die Bestimmung der Gegenleistung genommen hat.

Im Resultat sind wir mit der Modification der herrschenden Repraesentationstheorie in dem Sinne, dass es bei dem speziellen Mandat neben dem Wissen (mala fides) des Vertreters auch auf das Wissen (mala fides) des Prinzipals ankomme, vollkommen einverstanden, finden dieselbe jedoch mit Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse unzureichend. Dieses Prinzip muss auch auf das Generalmandat angewendet werden, so dass es immer sowohl auf das Wissen des Einen als auch des Anderen ankomme. Ob dann aber die Repraesentationstheorie noch bestehen könnte, ist eine Frage. Würde man dieses Prinzip nicht anerkennen, dann wäre noch immer die Möglichkeit gegeben die Stellvertretung zur Umgehung der Gesetzesvorschriften über Wissenschaft relevanter Thatsachen zu benützen. So könnte man die ao. Pauliana dadurch ausschliessen, dass der conscius fraudis Dritte einen Generalbevollmächtigten

bestellt und den in fraudem creditorum handelnden Schuldner an denselben anweist. Materiell würde man dasselbe Resultat gewinnen können, als wenn der Dritte gutgläubig wäre. Ebenso könnte man durch einen Generellbevollmächtigten bona fide erwerben und durch fortgesetzten Besitz ersitzen. Dass dieses Resultat dem Bedürfnisse der Rechts- und Verkehrssicherheit nicht entspreche, ist klar. Dass es auch den Prinzipien des röm. Rechts nicht entspreche, glauben wir nachgewiesen zu haben.

Wo immer nur das römische Recht ein anderes Resultat ausweist, dann ist der Grund der Entscheidung entweder in der Thatsache, auf deren Kenntniss das Recht Gewicht legt, oder in der Verschiedenheit der Grundsätze vom röm. procurator und unserer modernen Stellvertretung zu suchen.

Die Praxis ist in der Entscheidung der unser Problem betreffenden Fragen schwankend. Sie neigt am meisten zur Repraesentationstheorie (ROHG. Bd. VI S. 403 fg. 407 u. a).

Von den Particularrechten ist der von uns aufgestellte Grundsatz nur im sächsischen Gesetzbuch klar ausgesprochen.

§. 189. Bei Beurtheilung der Redlichkeit eines Besitzes, welchen ein gesetzlicher Vertreter ausübt, kommt es auf den Glauben der Mehrzahl an. Wenn jedoch der Vertretene willensfähig ist, so treffen ihn die Nachtheile der eigenen Unredlichkeit, obgleich der Vertreter sich in redlichem Glauben befindet.

Diesen Grundsatz wendet das sächs. Gesetzbuch nur für die gewillkürte nicht für die gesetzliche Stellvertretung an und nur für die Beurtheilung der Redlichkeit (Unredlichkeit) des Besitzes an. Dass dieses Prinzip auch für die Contractsansprüche zutrifft, glauben wir bereits nachgewiesen zu haben. Im oesterreichischen bürgerl. Gesetzbuch ist über die Redlichkeit (Unredlichkeit) nur in einer Stelle die Rede.

§. 337. Der Besitz einer Gemeinde wird nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Namen der Mitglieder handelnden Machthaber beurtheilt. Immer müssen jedoch die unredlichen sowohl den redlichen Mitgliedern, als dem Eigenthümer den Schaden ersetzen.

Die Interpretation dieses §. gehört zu den schwierigsten. Übersicht der Ansichten finden wir bei Stubenrauch. Comm

I. zu §. 337. Sie spricht vor allem nur von der gesetzlichen Stellvertretung und zwar von einer Collectivvertretung. Die Analogie auf die gewillkürte Einzelvertretung ist nicht möglich. Aber auch in Bezug auf die gewillkürte Collectivvertretung ist die Entscheidung im Wege der Analogie für die Vertragsverhältnisse nicht anzuwenden, vielmehr ist der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts (Gruchot Beiträge 29. S. 703) beizutreten, nach welcher bereits die Wissenschaft eines der Collectivvertreter dem Vertretenen schadet, weil „jedes Mitglied verpflichtet ist die für Wirkungen des Rechtsgeschäfts erhebliche Wissenschaft seinem Genossen mitzutheilen und das Unterbleiben dieser Mittheilung auf bewusster Pflichtverletzung oder unentschuldbarer Nachlässigkeit beruhe“. „Es würde im hohen Masse unbillig sein“ motivirt das Oberhandelsgericht weiter „die Nachtheile dieses schuldvollen Verhaltens ihres selbstgewählten Vertreters auf den gegenüberstehenden Dritten abzuwälzen vollends, wenn dieser um die Kenntniss jenes Vertreters wusste, und auf deren Mittheilung an die Mitvertreter rechnete“.

Nur in einem Fall wird das Wissen des Vertreters irrelevant sein: nach §. 1432, wenn der mit Zahlung Beauftragte weiss, dass der Prinzipal sie nicht schuldet. Wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weiss, dass er sie nicht schuldig ist, dann findet die *condictio indebiti* nicht statt. Der Zahlungsvertrag wird durch Supposition der Schenkungsabsicht aufrechterhalten. Da nach §. 1008 der Vertreter zur Schenkung eine spezielle auf das einzelne Geschäft gerichtete Vollmacht haben muss, gilt er im Zweifel nicht als zur Schenkung bevollmächtigt. Sein Wissen schadet also dem im Irrthum behafteten Prinzipal nicht.

Bewusstseinszustände des Boten.

Unterschied zwischen dem Boten und Stellvertreter.

Die Frage nach dem Unterschied des Boten vom Stellvertreter gehört in der gemeinrechtlichen Literatur zu den bestrittensten. Die eine Theorie negirt überhaupt die Existenz und Berechtigung irgend welcher Unterscheidung dieser zwei

Arten von Gehilfen. Hierher gehört bekanntlich Savigny¹⁾, der im römischen „nuntius“ den modernen Stellvertreter erblickt, sodann unter anderen Hellmann²⁾ welcher ebenfalls jeden Unterschied prinzipiell negirt, den Stellvertreter als blossen Boten betrachtet. Zu dieser Ansicht neigt auch die ganze Reihe von Schriftstellern, welche im Prinzipal den eigentlichen Contrahenten sehen. Als die herrschende Lehre wird aber allgemein diejenige angesehen, welche den Boten von dem Stellvertreter streng unterscheidet und für diesen Unterschied nach verschiedenen Kriterien sucht.

Ganz vereinsamt steht Ernst, welcher die Botenqualität nicht als Eigenschaft der Person sondern als Inhaerenz einer Handlung betrachtet, einer Willenserklärung, welche in sämtlichen Modalitäten vom Prinzipal praecisirt wurde so, dass dem Gehilfen nur Reproduction dieses Willensproducts des Prinzipals anvertraut wird. Dieser Schriftsteller behauptet, der Gehilfe sei Bote oder Stellvertreter je nachdem er mit der Reproduction oder Production des Willensinhalts betraut ist dh. je nachdem er speziellen, bestimmten oder generellen, unbestimmten Auftrag erhalten hat.

Die Frage nach dem Unterschied des Boten vom Stellvertreter lässt sich nicht a priori entscheiden. Die herrschende Lehre vermeint den Unterschied zwischen dem Boten und Stellvertreter darin finden zu können, dass das römische Recht den Vertragsabschluss durch einen Stellvertreter für unzulässig hält, den nuntius dagegen zulässt. Daraus aber folgt keineswegs mit Nothwendigkeit, dass dieser Unterschied in allen Fragen und in Bezug auf sämtliche Vertragswirkungen erheblich ist. Dass derselbe in vielen Fällen thatsächlich unmöglich und praktisch irrelevant ist, wird allgemein anerkannt. Andererseits lässt sich aber nicht leugnen, dass manche Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute nur aus dem Unterschiede zu erklären sind so z. B. Käufe durch Kinder, ein Kind kann bloss Bote sein, weil beim Boten nur natürliche Willensfähigkeit und natürliches Erkenntnissvermögen erfordert wird, während ein Stellvertreter rechtliche Willensfähigkeit, Handlungsfähigkeit

¹⁾ Obligat. Recht. II. S. 57 fg.

²⁾ Stellvertretung S. 14, 15.

haben muss. Daraus aber folgt mitnichten, dass, wenn der Bote willens- und wissensfähig im rechtlichen Sinne ist, diese seine Willens- und Wissensfähigkeit ganz ohne Bedeutung ist. Wichtig ist sodann der Unterschied für die Frage über den Zeitpunkt der Perfection des Vertrags, Widerrufsrecht der Erklärung und s. w. Diese Fragen gehören hierher nicht. Wir beschränken uns bloss auf die Frage: hat das geschäftliche Auftreten des Boten für das Verhältniss der Kontrahenten prinzipiell andere Bedeutung als dasjenige des Stellvertreters, haben die subjectiven Momente des einen und des anderen verschiedene rechtliche Erheblichkeit?

Vor allem kann der Ansicht Ihering's und der ganzen Reihe von Schriftstellern ¹⁾, welche im Boten nur einen faktischen Gehilfen erblicken aus oben erörterten Gründen nicht zugestimmt werden. Nach Ihering „sei der Bote bloss ein Sprachrohr, was er leiste seien bloss faktische Dienste. Darum komme es auf sein Wissen Nichtwissen, bona mala fides Verständniss der Worte nicht an und er könne aus dem Rechtsgeschäft nicht verpflichtet werden“. Ihering begeht vor allem den Fehler, dass er den Boten bei der Tradition, der zum Holen einer Sache verwendet wird, als Muster nimmt und dieselben Grundsätze auch auf den Boten bei der Willenserklärung angewendet wissen will. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich schon aus der prinzipiellen Verschiedenheit zwischen sachenrechtlichen und obligatorischen Verhältnissen. Ein weiterer Irrthum liegt darin, dass Ihering nur die normale Botenthätigkeit in Betracht zieht, den Fall nämlich wo der Bote wort- oder sinngetreu den Auftrag seines Geschäftsherrn reproducirt und die hier gefundenen Resultate auch auf die anomale Botenthätigkeit angewendet wissen will, trotzdem er selber auf den pathologischen Charakter der Rechtsforschung den Nachdruck legt (Geist des röm. R. I. S. 29). Ihering hat übrigens seine Meinung selber zurückgezogen, in dem er offen gesteht, dass er die Haftung des Boten für seine ano-

¹⁾ Wächter Württemb. Privat. II. 3 Abth. S. 683 und Pandecten I. §. 83 Brinz Pand I. S. 1597, Curtius S. 70 Unger System S. 134 Thöl HR. 5 Aufl. S. 232 Vangerow Pand I. 7 Aufl. 289, 294 Z. 4. u. 3. Hellmann a. a. O. S. 16. u. a.

male Thätigkeit nicht zu deduciren vermag, für die letztere vielmehr den Absender haften lässt. (Theorie über culpa in contrahendo J. f. D. IV. S. 53). Dadurch hat er seine Theorie über factische Dienstleistung fallen gelassen; haftet der Prinzipal für die anomale Botenthätigkeit, dann ist die Leistung des letzteren nicht mehr eine factische dh. ohne rechtliche Wirkungen.

Die Entscheidung der Frage beginnt u. E. nur bei dem pathologischen Fall. Wenn der Gehilfe den Auftrag seines Geschäftsherrn sinngetreu oder wortgetreu reproducirt, dann ist es einerlei, ob man nur den Willens- und Vorstellungsmomenten und inneren Seelenzuständen des Prinzipals oder nur des Gehilfen rechtliche Bedeutung zuschreibt, denn in diesem Fall sind dieselben völlig adäquat und decken sich vollständig auf. Erst wenn die letzteren von einander abweichen, kann die Frage aufgeworfen werden, welche Wirkung dies auf das Verhältniss der Kontrahenten habe. U. E. beginnt die Forschung erst da, wo sie bei der herrschenden Lehre endet. Ihering und andere Schriftsteller, welche in der Botenthätigkeit nur factische Dienstleistung erblicken, qualificiren dieselbe nach ihrer rechtlichen Erheblichkeit. Sie meinen damit bloss, dass die Botenthätigkeit als solche keine Rechtswirkungen erzeuge. Die Frage worin diese Thätigkeit bestehe, was bildet ihren Inhalt gibt uns diese Theorie nicht.

Nach der herrschenden Lehre besteht die Botenthätigkeit in der blossen Reproduction des in allen Modalitäten bestimmten und praecisirten Willensinhalts des Absenders, in der blossen Überbringung fremden Willens. Der Unterschied zwischen dem Boten und Vertreter würde sich nun mit dem Unterschied zwischen dem speziellen und generellen Auftrag decken. Dagegen wird von Laband ausgeführt, dass auch dem Boten freier Raum über einzelne Vertragsmodalitäten gelassen werden kann und dass die Thätigkeit des Gehilfen dadurch noch nicht die Botenqualität einbüsst, dass ihm freies Ermessen über einzelne Vertragspunkte überlassen wird. Damit wird der Unterschied auf das quantitative Verhältniss des bestimmten und unbestimmten Willensinhalts reducirt. Andererseits verliert der Stellvertreter seinen Charakter nicht, wenn ihm eine spezielle Vollmacht ertheilt wird, wenn der Prinzipal seinem freien

Ermessen gewisse Schranken setzt. Dann würde darüber, ob der Gehilfe Bote oder Stellvertreter sei, nur der Umstand entscheiden, ob der bestimmte oder unbestimmte Vertragsinhalt quantitativ umfangreicher ist oder nicht. Es würde konsequent darauf ankommen, dass eine und dieselbe Person in einer und derselben Handlung Bote und Stellvertreter zugleich sei, Bote in Bezug auf die praecisirten, Stellvertreter mit Rücksicht auf die unbestimmten Vertragspunkte.

Folglich fragt sich, ob wenn dem Boten über einzelne Vertragsmodalitäten freie Entscheidungsmöglichkeit überlassen wird, wenigstens dann nicht seine subjectiven Momente in Betracht kommen sollen¹⁾. Dies verneint aber die herrschende Lehre indem sie ganz allgemein behauptet, dass Wissen, Irrthum, Willensbestimmung des Boten gar nicht in Betracht kommen.

Den Unterschied kann man nicht dahin fassen, dass der Stellvertreter den Prinzipal im Willen, der Bote in der Willenserklärung vertrete (Schliemann Zft. f. H. R. Bd. XVI. S. 24, Windscheid Pandecten I. §. 76.). Dies hängt vor allem davon ab, was man unter dem Ausdruck „Willen“ versteht, denn der Ausdruck hat mehrfache Bedeutung. Versteht man darunter den psychologischen oder physiologischen Act des Wollens, so ist Vertretung ebenso unmöglich im Wollen wie im Denken (Canstein Grünh. Zft. S. 678.). Versteht man aber darunter den Inhalt des Willens (einen Complex von Rechtsfolgen, die an den Thatbestand des Vertrags angeknüpft sind) so kann man behaupten, dass der Stellvertreter den Prinzipal in der Bestimmung des Inhalts vertrete; dies ist aber kein Entschluss, sondern ein Gutbefinden, ein Act des Erkenntnissvermögens (Canstein a. a. O. S. 675.). Abgesehen davon, ob ein unbestimmtes Wollen psychologisch möglich ist, ist jedoch diese Differenz nicht durchgreifend, denn einerseits ist an ein Vertreten in der Willensbestimmung gar nicht zu denken, wenn der Stellvertreter eine spezielle Voll-

¹⁾ Vgl, Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gb. für das deutsche Reich S. 223. „Im Allgemeinen ist daran festzuhalten, dass soweit der Person, deren man sich bedient, eine Willenswahl offen gelassen ist, die Grundsätze von der Vertretung Platz zu greifen haben.

macht hat, wenn der Wille bereits vom Prinzipal bestimmt ist, andererseits vertritt auch der Bote oft den Prinzipal in der Willensbestimmung so z. B. in Bezug auf die Person, auf den Preis u. s. f. da auch dem Boten die Entscheidung über einzelne Vertragspunkte überlassen werden kann (Vgl. Schliemann a. a. O. S. 16, 17.). Begriff des Boten wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass er den Auftrag hat, für den Mandanten den Contractswillen zu fassen oder seinen allgemeinen Willen zu präcisiren. Dies ist bloss ein innerer Unterschied; dem objectiven Beobachter erscheint der Bote immer sowohl als der Vertreter als Erklärer eines ganz bestimmten und in allen Punkten präcisirten Contractswillens (Schliemann S. 17.).

Vom Standpunkte des äusseren Auftretens ist dieser Unterschied irrelevant. Die herrschende Lehre ist reine Willenstheorie. Sie findet das einzige Kriterium für den Unterschied in der Thatsache, dass der Wille als Vertragselement von dem Prinzipal oder Gehilfen psychologisch erzeugt wird. Wird dieser Wille von dem Gehilfen erzeugt, dann ist der letztere Stellvertreter, wird aber der Gehilfe bloss mit Reproduction des bereits erzeugten Willens betraut, dann ist er blosser Bote. Hat aber der Bote den Auftrag überschritten die Erklärung verunstaltet, dann ist sie geneigt dieser seinen Thätigkeit überhaupt die Qualität einer Botenthätigkeit abzusprechen und den Boten persönlich verantwortlich zu machen (Jhering J. f. D. I. S. 280. 281.). Die letztere Ansicht gilt nunmehr als vollständig aufgegeben (Jhering J. f. D. IV. S. 53.), vielmehr darf nunmehr als die herrschende Lehre angesehen werden, will man der Autorität Windscheid's folgen, dass der Absender auch für die Verunstaltung der Willenserklärung von Seiten des Boten haftet. Ob aber auch im letzteren Fall noch behauptet werden kann, der Bote sei bloss Träger fremden Willens, ist nicht schwer zu entscheiden.

Unseres Erachtens führt das Willensprinzip nicht zur wünschenswerthen Lösung der Frage. Im Gegentheil entscheidet auch hier bloss das Vertrauensprinzip. Die Frage ist überhaupt nur durch gründliche Analyse des geschäftlichen Auftretens des Boten und Absenders zu lösen. Bei der Ana-

lyse muss man sich auf den Standpunkt des Anerklärten stellen und zwar nicht auf den Standpunkt der individuellen Auffassung des Letzteren, sondern auf den Standpunkt eines unbefangenen, unvoreingenommenen Dritten, eines objectiven Beobachters. Jede Theorie, die nicht von diesem Standpunkt ausgeht, erachten wir als verfehlt.

Diesen Standpunkt hat richtig die Theorie des äusseren Auftretens beurtheilt. Sie deutet an, dass über die Qualification der Handlung einer Mittelsperson nicht der innere Auftrag (Vollmacht) entscheidet, sondern das thatsächliche äusserlich erkennbare Auftreten des Letzteren. Nicht was sie gemäss dem inneren Verhältniss thun sollen, ist massgebend, sondern wie sie thatsächlich auftreten. Nicht der Name und nicht das innere Verhältniss der Mittelsperson zum Prinzipal ist für die Qualification derselben als Bote entscheidend, sondern die Qualität, die Charakteristik seiner Handlung, das „Wie“ des äusseren Auftretens des Gehilfen. Hierher gehören Laband Zft. f. H. X. S. 192, Schliemann Z. f. H. XVI. S. 18., Zimmermann, Stellvertr. neg. gestio S. 23. Bähr, Jb. f. D. VI. S. 292. Mommsen Haftung des Kontrahenten bei Abschliessung von Schuldverträgen S. 113. N. 1.

Nicht darauf kommt es nach dieser Theorie, ob der Gehilfe in der That ein Reproductions- oder Productionsinstrument des Prinzipals ist, sondern, ob er als das erstere oder das letztere dem Mitkontrahenten erscheint, ihm gegenüber auftritt. Auch diese Theorie ist jedoch von dem richtigen Standpunkt weit entfernt. Sie legt das Gewicht nicht auf den Inhalt des äusseren Auftretens, denn über die Vertragswirkungen entscheidet immer der Wille des Prinzipals oder der Mittelsperson, oder das äussere Auftreten und Wille als Einheit betrachtet, sondern darauf, wie das Verhältniss des Gehilfen zum Prinzipal dem Mitkontrahenten gegenüber erscheint. Auf diese Weise kehrt diese Theorie wiederum zum Willensprinzip zurück und kann infolge dessen nicht als eine selbständige Theorie sondern als die durch das Vertrauensprinzip modificirte Willenstheorie angesehen werden. Nicht darauf kommt es nach dieser Theorie an, dass der Dritte sich darauf müsse verlassen dürfen, dass das äussere

Auftreten dem inneren Willen entspreche und dass er auf Grund dieser objectiven berechtigten Annahme Rechte erwirbt sondern darauf, dass der Wille vom Prinzipal oder der Mittelsperson komme, bei der Berufung also nur dieser Wille berücksichtigt werden kann. Der Bote ist immer nur Ueberbringer fremden Willens, der Vertreter erklärt seinen eigenen Willen und es kommt immer im ersteren Fall nur auf den Willen des Prinzipals, im letzteren nur auf den des Vertreters.

Welcher Schluss darf aber daraus gezogen werden? Wenn das Vorhandensein des wirklichen Willens ein Erforderniss für die Wirkungen des Rechtsgeschäfts sein soll, so würde es in Bezug auf den Stellvertreter, da er ja seinen eigenen Willen erklärt, vor allem die Wirklichkeit des Willens in seiner Person erfordert werden müssen; beim Boten der nur fremden Willen überbringt, fragt man nach seinem inneren Willen nicht. Dies alles vorausgesetzt, dass der Gehilfe die Grenzen der Vollmacht (Auftrags) eingehalten hat. Dann würde nach der herrschenden Lehre der Irrthum des Stellvertreters das Rechtsgeschäft afficiren, derjenige des Boten aber nicht. Dies ist jedoch eine *petitio principii* und Erklärung *idem per idem*. Man will den Rechtsatz begründen, dass der Irrthum des Stellvertreters rechtlich erheblich ist, derjenige des Boten nicht, und vermeint dies aus der Formel beweisen zu können, dass der Stellvertreter seinen eigenen, der Bote fremden Willen erklärt. Der letztere Satz involvirt jedoch eben die Entscheidung der Frage, ob der Irrthum des Stellvertreters relevant ist, derjenige des Boten nicht, und kann deshalb nicht aus der Formel deducirt werden. Dieser Satz muss vor allem bewiesen werden und Kriterien für die Entscheidung desselben liegen in den Verkehrsbedürfnissen.

Bekanntlich ist aber das Erforderniss des inneren Willens als Thatbestandsmoments für die Vertragswirkungen bestritten. Ferner ist der Grundsatz, dass der Irrthum des Stellvertreters das Rechtsgeschäft afficire auch dann, wenn die Erklärung dem Willen des Prinzipals entspreche, weder ein quellenmässiger noch entspricht derselbe den Bedürfnissen des Verkehrs, wie wir dies unten erörtern werden.

Sobald dies bewiesen wird, kann dieses Prinzip noch als Unterscheidungskriterium angesehen werden? Wie aber daraus, dass der Bote derjenige ist, welcher dem Dritten als Ueberbringer fremden Willens erscheint, darauf geschlossen werden kann, ob sein Wissen, Irrthum, Verschulden von Bedeutung seien oder nicht, ist nicht einzusehen. Ein Prinzip, welches nicht alle Probleme löst, verliert das Recht auf den Namen. „Non ex regula ius sed ex iure, quod est, regula fiat; quae simul in aliquo cum vitiata est perdit officium suum (Paulus l. 16. ad Plaut. l. 1 D. de R. J. A. 50. 17.).

Es fehlt nicht an Versuchen den Unterschied auf einen bloss quantitativen und äusserlichen zu reduciren. Einen bloss quantitativen Unterschied nimmt Schliemann an. In Bezug auf das Verhältniss zum Dritten ist Bote derjenige, der für den Vertretenen mit voller Wirkung den Willen erklärt, Stellvertreter derjenige, welcher in Bezug auf den Abschluss des Contracts ganz an die Stelle des Vertretenen tritt. Dem Dritten gegenüber ist nur der eine Unterschied relevant, dass in dem einen Fall sich die Vertretung auf die Erklärung des Willens in dem anderen Fall auf den Abschluss des Vertrags bezieht und darnach bestimmt sich der Unterschied des Boten und des Stellvertreters. Der Unterschied scheint hiernach ein äusserlicher zu sein.

Leonhard unterscheidet den Stellvertreter in der blossen Offerte von dem Stellvertreter in dem ganzen Vertragschlusse. Stellvertreter in der Offerte unterscheidet sich von dem Boten nur durch solche Umstände „von denen ein jeder wenn er ohne die anderen in seiner Person vorläge, ihn nicht zum Contrahenten würden machen können“ (S. 163.). Der Stellvertreter in der Offerte vollbringt den dreifachen Dienst: er überbringt die Vollmacht, verfasst den Vertragswillen (lex contractus) und fasst als Entscheidungsmandatar den Entschluss. Diese Thätigkeiten des Stellvertreters in der Offerte sind derart, dass sie ihn nicht zum Contrahenten machen. Er vollzieht überhaupt kein contrahere, sondern ein dreifaches ministerium. Der Stellvertreter in der blossen Offerte ist nach Leonhard auch kein wahrer Stellvertreter. Ob die Mittelsperson ein wahrer Stellvertreter sei, dies zeigt sich erst in der Entgegennahme der Antwort auf die Offerte. Geht

die Antwort nicht auf die Mittelsperson, behält sich der Dritte das Recht die Offerte bis zu deren Eingange bei dem Prinzipal zu widerrufen, dann ist er blosser Bote. Sonst liegt eine wahre directe Stellvertretung vor. Mithin liegt auch nach Leonhard der Unterschied zwischen dem Boten und dem Stellvertreter nicht in der Bedeutung, welche die Willens- und Vorstellungsmomente und Seelenzustände des Boten oder Stellvertreters auf die Vertragswirkungen haben. Nach der Ansicht dieses Schriftstellers liegt der Unterschied zwischen dem Boten und Stellvertreter darin, dass bei der Stellvertretung der Vertrag mit der Erklärung an den Vertreter bereits perfect und bindend ist, bei dem Boten dagegen erst dann, wenn die Gegenerklärung dem Prinzipal zukommt, oder wenn die Mittelsperson wegen Handlungsunfähigkeit unfähig ist bindende Vertragserklärung entgegenzunehmen (Kinder, Wahnsinnige).

Nach Mitteis (S. 132.) ist der Bote eine besondere species des allgemeinen genus „Vertreter in Rechtsgeschäften“, Vertreter, dessen Wille in Bezug auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts sich auf Null reducirt (S. 131.). Damit, dass der Bote den Inhalt des Vertrags nicht beschlossen hat, ist noch nicht gesagt, dass er bei dem ganzen Vertrag ganz willenlos sei. Er thut doch eines und will eines: die Erklärung. Insofern hat er wahren rechtsgeschäftlichen Willen. Damit gibt Mitteis zu, dass es zwischen dem Vertreter und Boten keinen qualitativen Unterschied gebe. Lediglich ein quantitativer, indem der Bote bei der Entschlussfassung gar nicht oder nur sehr wenig mitwirkt. Mitteis nennt dennoch den Boten willenlosen Vertreter, den Stellvertreter selbstwollenden und selbsthandelnden Vertreter. Im ersteren Falle kommt es auf den Willen des Prinzipals, im letzteren auf den Willen des Vertreters an. Aber dieser Unterschied bestimmt sich nicht nach dem wahren Sachverhalt darnach ob der Vertreter in der That willenlos ist oder selbst beschliesst, sondern das reine Willensprinzip wird durch das äussere Auftreten dem Dritten gegenüber modificirt. Der Vertreter in Rechtsgeschäften ist Stellvertreter sensu stricto oder Bote, je nachdem er als selbsthandelnd und selbstbeschliessend oder als blosses Organ eines praecisen Prinzipalswillens (S. 127.) auftritt. Dies

erfordert das Vertrauen des Dritten, welches in Schutz genommen werden muss. Beides unrichtig. Denn einerseits kommt es beim willenslosen Vertreter (Boten) nicht bloss auf den Willen des Prinzipals, im Gegentheil sind auch Willens- und Vorstellungsmomente und Seelenzustände des Boten näher in Betracht zu ziehen so z. B. sein Wissen, so wenn der Bote den Auftrag entstellt hat, für welchen Fall die herrschende Lehre den Prinzipal haftbar macht, so in Bezug auf die Erklärung als solche, andererseits kommt es bei dem Stellvertreter s. str. nicht bloss auf seinen Willen sondern auch auf den des Prinzipals an. Zweitens das äussere geschäftliche Auftreten könnte nur dann zum Kriterium für den Unterschied dienen, wenn es feststünde, dass der Dritte in der That sehr wohl unterscheidet und unterscheiden kann, ob der Vertreter selbstwollend oder willenlos auftritt. Dies ist aber nicht der Fall. Im Gegentheil pflegt der Mitkontrahent den ganzen Vertragsinhalt in die Seele des Prinzipals zu verlegen und es sind keine objectiven Kriterien vorhanden, die den Vertreter als willensloses Werkzeug oder selbstwollend vorstellen könnten. Das allein Richtige ist, dass unser Prinzip durch das Willensprinzip nicht gelöst werden kann. Wenn aber das Vertrauensprinzip nur so weit reichen soll, dass der Dritte sich darauf verlassen darf, dass den rechtsgeschäftlichen Willen je nach dem Auftreten des Stellvertreters der Prinzipal oder der Vertreter gefasst hat und dass bei Beurtheilung des Vertrags nur der Wille des Prinzipals oder des Vertreters zu berücksichtigen sei, so wird dies nur ein schwacher Schutz des Dritten sein. Das wahre Vertrauensprinzip verlangt, dass der Dritte sich nach Massgabe des geschäftlichen Auftretens auf das Zustandekommen des Vertrags müsse verlassen dürfen und dem wird nur dann genügend gezollt, wenn der innere Wille dem äusseren geschäftlichen Auftreten gegenüber in den Hintergrund tritt, und nur in besonders gravanten Fällen berücksichtigungswürdig ist. Ueberhaupt kann das Willensprinzip nur in so ferne entscheiden, als es sich um die Willensfrage handelt nicht aber in Bezug auf die Seelenzustände, die gar nicht Willenserzeugnisse sind und mit dem Willen überhaupt gar nichts gemeinschaftliches haben. Das richtig verstandene

Prinzip des äusseren Auftretens führt zur Negation eines jeden Unterschiedes in Bezug auf unsere Frage. Ein objectiver Beobachter, ein unbefangener Dritte hat keine Kriterien das äussere Auftreten zu unterscheiden. Er verlegt den ganzen Sachverhalt, wie er ihm durch Vollmacht (Auftrag) und das äussere Auftreten des Gehilfen dargethan wird, in die Seele des Prinzipals, berücksichtigt vor allem die subjectiven Momente des letzteren. Treffend wird von Hellmann ausgeführt, dass der Unterschied nur unter der Bedingung durchgreifend sein könnte, wenn eine feste Sprachformel aufgestellt werden könnte und dass es in der Macht des Gehilfen liegen würde je nach dem äusseren Auftreten verschiedene Wirkungen hervorzurufen. Es würde ganz ausreichen, dass der Gehilfe, wenn er auch einen speziellen Auftrag erhalten hat, selbsthandelnd und selbstbeschliessend auftrete, um das Wissen des Prinzipals unschädlich zu machen und das äussere Auftreten zur Umgehung der Gesetzesvorschriften über die Wissenschaft, *mala fides* zu benützen. Wir stellen auch in dieser Frage dieselben Postulate wie bei der Stellvertretungslehre: 1) Loslösung des Problems von der Chablone und Formel, die für den Willen gilt, 2) Würdigung des Inhalts des Bewusstseins, 3) genaue Eingehung auf den Grund und Zweck, um deren willen die Rechtsordnung auf die Wissenschaft das Gewicht legt. Wo die Wissenschaft, Unwissenheit, *mala (bona) fides* auf die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten des Kontrahenten von Einfluss ist, dann kommt es auf das Wissen sowohl des Prinzipals als auch des Boten an. Der Dritte darf sich darauf verlassen, dass der dem Prinzipal bekannte Sachverhalt zur Grundlage des Vertrags genommen werde und dass der dem Gehilfen bekannte Sachverhalt entweder nur auf der Reproduction der Seelenzustände des Prinzipals oder doch auf richtiger Würdigung der Interessen des letzteren beruhe. Der Unterschied zwischen dem Boten und Stellvertreter hat eine mehr historische Bedeutung. Es kommt davon, dass im römischen Recht die Stellvertretung prinzipiell unzulässig, der Vertragsabschluss *per nuntium* zulässig war. Die römischen Quellen enthalten über den Geschäftsabschluss *per nuntium* keine weiteren Regeln und sind auch weitergehender Deduction unfähig. Wir negiren jedoch keineswegs die Existenz

und Berechtigung des Unterschiedes. Für manche Fragen der Vertragslehre ist er vielmehr von Bedeutung so z. B. für den Zeitpunkt der Perfection des Vertrags, für die Dauer des Widerrufsrecht der Erklärung, für die Willensfähigkeit et. c.¹⁾. In Bezug auf unsere Frage existirt ein Unterschied überhaupt nicht. Der beste Beweis dafür ist, dass in der Praxis ein Unterschied in Bezug auf unsere Frage niemals in Frage gestellt wurde, dass also der Unterschied bloss einen rein theoretischen Werth habe.

*

*

*

Was die anderen Hilfspersonen anbelangt, so kommen nur die Bewusstseinszustände des Geschäftsvermittlers näher in Betracht. Ausser dem Stellvertreter und Boten tritt nur der Geschäftsvermittler dem Dritten gegenüber geschäftlich auf, kommt mit dem Letzteren in directen Contact.

Das gemeinschaftliche geschäftliche Auftreten wird zwischen dem Prinzipal und dem Mäkler auf die Weise getheilt, dass der Letztere insbesondere an den Vorverhandlungen einen überwiegenden Antheil nimmt. Im Verhältniss zu dem gesammten objectiven und äusseren Thatbestand des Vertrags kommt den Vorverhandlungen besondere Bedeutung insoferne zu, als sie über die dem Vertragsabschluss begleitenden Umstände entscheiden. Durch seine Angaben, dem Dritten erkennbare Voraussetzungen schafft der Geschäftsvermittler die Grundlage für den eigentlichen Vertragsabschluss, den Hintergrund, auf welchen sich der Vertrag stützt. Die Erheblichkeit der begleitenden Umstände und Vorverhandlungen entscheidet somit über die rechtliche Relevanz der Thätigkeit des Mäklers. Unrichtig wird die letztere sowohl von der herrschenden Theorie als auch von der deutschrechtlichen Gerichtspraxis (Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. IV. S. 413. u. Bd. VII. S. 105. ff.) als factische Mitwirkung bezeichnet und jeder rechtlichen Bedeutung enthoben.

¹⁾ Vgl. auch Pfersche (Irrthumslehre des oester. Privatrechts S. 241. N. 16.).

Wir glauben auch den Bewusstseinszuständen der Geschäftsvermittler in gewissem Masse rechtliche Relevanz beilegen zu müssen. Ist dem Makler die mangelhafte Beschaffenheit des Kaufobjects bekannt, so darf der Dritte sich mit vollem Recht darauf verlassen, dass er die Bedürfnisse seines Prinzipals kennt und die letzteren dadurch zum Ausdruck bringen will, dass er sich in Verhandlungen über diesen Gegenstand einlässt. Der Dritte befindet sich in gutem Glauben und soll in seinem Vertrauen geschützt werden. Dieser Grundsatz gilt wenigstens für den Fall, wenn der Dritte auf mangelhafte Beschaffenheit der Kaufsache den Makler aufmerksam gemacht hat und diesen Umstand der Bestimmung des Entgelts zu Grunde gelegt hat. Das entgegengesetzte Prinzip würde zu unerträglichen Consequenzen führen. Bei der *ao. Pauliana* könnte der in *fraudem creditorum* handelnde Kridar mit dem Vermittler kolludiren und den Gläubigern das Anfechtungsrecht entziehen, wenn nur der Prinzipal in gutem Glauben war. Der gutgläubige Prinzipal würde den Besitz oder gar das Eigenthum erwerben, auch wenn die den Erwerbsact begleitenden Umstände einen fehlerlosen Titel vollständig ausschliessen.

Diese Consequenzen stehen mit den grundsätzlichen Postulaten des Verkehrs in directem Widerspruch. Die unumgängliche Abhilfe kann nur durch Haftung des Prinzipals für Bewusstseinszustände des zum Vertragsschluss verwendeten Vermittlers geschaffen werden.

Willensmomente der Gehilfen. Irrthumslehre.

Stand der Frage.

Das uns beschäftigende Problem ist im positiven Recht nicht geregelt. Wir sind gewiesen es nach Rechtsanalogie zu lösen. Das Wesen dieser logischen Operation, das Verfahren bei der Anwendung der Analogie ist bisnun noch nicht aufgeklärt. Wann kann man behaupten, dass der im Gesetze unentschiedene Rechtsfall dem positivrechtlich normirten analog ist? Was für Kriterien dienen uns dazu, die Aehnlichkeit die Analogie zu konstatiren? Sind es gleiche gesellschaftliche Folgen? Entscheidet darüber der Thatbestand, die Voraussetzungen? Reicht es aus, wenn nur einige Elemente des That-

bestands homogen sind und welche? Kann man diese Elemente isoliren und sie in anderen Thatbeständen untersuchen, so dann zusammensetzen? Dies sind Fragen prinzipieller Wichtigkeit, die wir hierorts nicht entscheiden können.

Nehmen wir mit der Willenstheorie an: der Thatbestand des Vertrags setze sich aus zwei Elementen zusammen, dem Willen und der Erklärung. Es wäre für den Normalfall richtig, wo die Handelnden, die Contrahenten persönlich auftreten. Wie ist Rechtsanalogie anzuwenden, wenn auf Seite eines der Contrahenten Mittelspersonen zugezogen werden? Sobald konstatirt wird, dass auch hier dieselben Elemente den Thatbestand bilden, so entsteht doch die Frage, wessen Wille rechtlich erheblich ist der des Prinzipals oder der des Gehilfen und wie sich das Verhältniss des doppelten Willens gestalten soll. Auf diese Fragen ist die Analogie schwerlich anzuwenden.

I.

Vielleicht wurde keine civilrechtliche Lehre in letzterer Zeit so ventilirt, wie die Irrthumslehre. Dennoch sind wir von der Lösung noch weit entfernt. Der Grund dieser That- sache liegt vielleicht darin, dass diese Lehre sich tief in die Lehre vom Vertrag und Rechtsgeschäft einerseits und in die Lehre von der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte andererseits einschneidet. Sollten die letzteren als Praejudicialfragen für die Irrthumslehre gelten, dann ist der Zustand dieser beiden Lehren ein ziemlich trostloser.

Einen klassischen Zeugen dafür findet man in Windscheid, der auf Übereinstimmung in Bezug auf die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts total verzichtet und diesem Begriff überhaupt nur den beschränkten und unwesentlichen Werth für das System zuerkennt, anderseits Mitteis¹⁾ der in das Chaos der Nichtigkeitslehre Sicht und Klarheit hineinzubringen sucht.

In der Irrthumslehre wird ein literarischer Streit auf der ganzen Linie geführt. Zwei feindliche Lager stehen sich gegenüber, die Anhänger der sog. Willenstheorie und Bekenner

¹⁾ Zur Lehre von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte Ib. f. Dogm. Bd. 28.

der Erklärungstheorie. Trotzdem der Zwiespalt tief genug ist, lassen sich dennoch durch gegenseitige Concessionen, zu welchen sich beide Theorien verstanden haben, in Bezug auf die praktischen Consequenzen gewisse Annäherungs- und Berührungspunkte beider Theorien nachweisen, wie wir es auch im ferneren unternehmen.

Was die Terminologie anbelangt, so ist vor allem die Benennung „Willenstheorie“ unpassend. Willenstheorie könnte man die herrschende Lehre dann nennen, wenn sie den Willen als einziges Element des Vertragsthatbestands ansehen würde; bekanntlich aber nimmt sie zwei Elemente an: den Willen und die Erklärung, fordert Einheit des Willens und der Erklärung, Kern und Schale. Dennoch ist es zweckmässig, den gangbaren und hergebrachten Namen beizubehalten. Dagegen nennt sich die gegnerische Theorie richtig Erklärungstheorie, weil sie im geschäftlichen Auftreten (Erklärung) das einzige Element des Vertragsthatbestands sieht oder Vertrauensstheorie, weil sie sich hauptsächlich auf das Vertrauensprinzip stützt.

Nach dem heutigen Stand der Lehre hat die Willenstheorie insoferne den Boden verloren, als es nicht mehr darüber gestritten wird, ob der Vertrag ohne inneren Willen Wirkungen hervorrufen kann, vielmehr dies beinahe allgemein zugestanden wird; streitig ist nur das Gebiet, auf welchem der Vertrag des inneren Willens entbehren kann; ein Streit waltet jetzt ob, welche Theorie als Regel welche als Ausnahme gelten soll. Nicht um die ausschliessliche Geltung der einen oder der anderen Lehre herrscht ein Streit, sondern um das Verhältniss zwischen Regel und Ausnahme. Was das Richtige ist Willensprinzip und Willenstheorie oder Vertrauensprinzip und Verkehrstheorie, lässt sich nur ausserhalb des Bodens einer positiven Rechtsordnung austragen ¹⁾. Nur hier kann die Frage entschieden werden, was den Zweckmässigkeitsrück-sichten, legislatorischen Erwägungen, Bedürfnissen des Verkehrs mehr entspricht. Im positiven Recht kann nur die eine oder die andere Theorie mit grösserer oder geringerer Conse-

¹⁾ Anderer Ansicht ist Pernice Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 25 S. 135. Freilich für eben dieses positive Recht; ob auch de lege ferenda?

quenz ausgeführt werden. Die Lösung der Frage liegt ausserhalb des positiven Rechts, in der Forschung der gesellschaftlichen Erscheinungen, in der Untersuchung des Verkehrs und seiner Gesetze.

Dies verdient um so mehr Beachtung, als die Analogie nur unsichere Anhaltspunkte in unserer Frage liefert, wo also die Anwendung der Analogie praeiudicielle Prüfung der sozialen Zustände und Bedürfnisse erheischt. Wir wenden uns zur Analyse des herrschenden Prinzips.

II.

Das Princip der herrschenden Lehre kann positiv oder negativ gefasst werden. Positiv, wenn man den auf Rechtsfolgen gerichteten Willen als constitutives Thatbestandsmoment für den Eintritt der Rechtsfolgen auffasst. Dies finden wir insbesondere bei Zitelmann. Nach dieser Auffassung treten die in der Willenserklärung als gewollt bezeichneten Rechtsfolgen nur dann ein, wenn sie dem inneren Willen des Erklärenden entsprechen. Negativ, wenn man der äusseren Handlung nur dann keine Bedeutung zuschreibt, wenn sie dem wirklichen inneren Willen nicht entspricht. Diese Fassung finden wir bei Windscheid. Es möchte nun scheinen, dass es gleichgiltig ist, wie wir das Prinzip fassen. Indessen ist dieser Unterschied von bedeutender Tragweite. Am klarsten erhellt der Unterschied, wenn man die Beweisfrage in Betracht zieht. Bei positiver Fassung des Prinzips muss das Vorhandensein des inneren Willens und Uebereinstimmung desselben mit der Erklärung bewiesen werden. Der materiellrechtliche Satz „kein Rechtserfolg ohne darauf gerichtete innere Absicht“ wird zum beweisrechtlichen Satz „keine Rechtsfolgen treten ein, solange die darauf gerichtete innere Absicht nicht bewiesen wird“.

Bekanntlich wird niemals der Beweis für das Vorhandensein des inneren Willens erfordert. Die herrschende Lehre beseitigt diesen Widerspruch durch Aufstellung einer Beweispraesumption für die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung. Volle Berechtigung hat aber die Praesumption nur da, wo eine Thatsache direct nicht bewiesen werden kann, niemals aber wenn sie nicht bewiesen zu werden braucht, wenn der Beweis derselben nicht erfordert wird. Sodann

müsste sie nicht der Wollende sondern der Anerklärte beweisen also Derjenige, der diesen Beweis prinzipiell nicht zu führen im Stande ist.

Bei negativer Fassung heisst es: „Die Rechtsfolgen treten nicht ein, wenn die auf dieselben gerichtete Absicht fehlt“ und als beweisrechtlicher Satz: „Die Rechtsfolgen treten nicht ein, wenn der Mangel der darauf gerichteten Absicht bewiesen wird“. Nur die letztere Fassung entspricht der Wirklichkeit. Bei negativer Fassung des Prinzips muss der Mangel des inneren Willens, Divergenz desselben von der Erklärung bewiesen werden. Und dies entspricht auch der Thatsache. Nicht der Berechtigte der Anerklärte hat das Vorhandensein der inneren Absicht zu beweisen, sondern der Erklärende, der Wollende muss den Mangel derselben nachweisen. Willens- und Vorstellungsmomente sind ihrem Wesen nach dem objectiven Beobachter unbekannt und verborgen. Ihr An's-Licht-Kommen hängt immer von der Willkür des betreffenden Subjects ab; wenn sie aber zum Vorschein kommen, so erscheinen sie immer in negativer Form als Willensmangel, Irrthum und drgl. und äussern ihre Wirkung darin, dass sie den Eintritt von regelmässigen Rechtsfolgen hemmen. Sie erscheinen also immer als Hindernisse der regelmässigen Rechtsfolgen. Dass das Nichtvorhandensein des inneren Willens richtig als negative Voraussetzung oder Hinderniss aufgefasst werden soll, erweist sich auch aus dem Umstand, dass die Rechtsfolgen eines Rechtsgechäfts sich immer bloss nach der Erklärung richten, denn bloss dasjenige, was erklärt wurde, kann eintreten, niemals aber kann der innere Wille bewirken, dass etwas, was in der Erklärung nicht ausgesprochen ist, eintrete. Willens- und Vorstellungsmomente wirken bloss hemmend und modificirend. Sie können nur als Hindernisse der normalen Vertragswirkungen behandelt werden. Man soll überhaupt bloss vom Willensmangel ¹⁾ als Hinderniss für die Rechtsfolgen eines Rechtsgechäfts sprechen, niemals vom Vorhandensein des inneren Willens als positivem Erforderniss oder Thatbestandsmoment

¹⁾ Willensmangel nehmen wir nicht in der Bedeutung also ob der Wille völlig fehlte, sondern als Mangel eines mit dem Sinne der Erklärung übereinstimmenden Willens.

des Rechtsgeschäfts. Dasselbe gilt auch vom Consens als Thatbestandsmoment des Vertrags. Der Consens ist kein positives Erforderniss für die Wirkungen eines Vertrags — der Dissens wirkt als hemmende Thatsache, wo dies socialen Bedürfnissen des Verkehrs nicht widerspricht.

Auf dreifache Weise versucht man die herrschende Lehre zu begründen. Man unterscheidet dialektische (speculative), teleologische und quellenmässige Begründung. Die letztere scheidet aus unserer Betrachtung; da wir die Lösung der Frage lediglich ausserhalb des Bodens des positiven Rechts erwarten, so können die Beweise aus dem positiven Recht nicht entscheiden. Es kann sich bloss um logische (dialektische, speculative) und teleologische (aus Zweckmässigkeitsrücksichten) Begründung handeln. Die erste Begründung finden wir in Zitelmann's Werk „Irrthum und Rechtsgeschäft“. Dieser Schriftsteller will das herrschende Prinzip durch psychologische Analyse des Willens als eines psychischen Vorgangs begründen. Er sucht die Lösung auch ausserhalb des Bodens des positiven Rechts in der Psychologie. Zitelmann leitet das Erforderniss des inneren Willens (Consenses) aus dem Begriff der Handlung ab. Als Handlung bezeichnet er „eine durch bewussten Willen verursachte körperliche Bewegung“ nimmt also den bewussten Willen als Ursache in den Begriff der Handlung auf. Den Willen versteht er im doppelten Sinne: 1) als unmittelbaren Willen auf körperliche Bewegung 2) als mittelbaren Willen (Absicht), auf den Erfolg der körperl. Bewegung. Indem er auf diese Weise das psychologische Moment des Willens in den Begriff der Handlung mitaufgenommen hat, deducirt er: da die Handlung eine gewollte und bewusste körperliche Bewegung ist, so gehört zu einer Willenserklärung, die doch auch eine Handlung ist, sowohl der Wille als auch das Bewusstsein. Zitelmann gibt aber selber zu, dass diese Bedeutung des Wortes „Handlung“ nicht die einzige sei, vielmehr auch körperl. Bewegung als solche oder die äussere Seite der Handlung als Handlung schlechthin bezeichnet wird. Auch unbewusste und nichtgewollte Handlungen werden als Handlungen schlechthin bezeichnet. Der Sprachgebrauch und der sprachübliche Begriff des Wortes kann den Beweis für das Erfor-

derniss des inneren Willens nicht beibringen. Zitelmann's Methode ist also von Haus aus unrichtig.

Um das Erforderniss der Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung bei den Rechtsgeschäften zu erweisen, nimmt er willkürlich den Willen als Ursache in den Begriff der Handlung auf und indem er das Rechtsgeschäft als species der höheren Gattung „Handlung“ betrachtet, schreibt er auch der species dies besondere Merkmal zu. Ist aber der bewusste Wille weder eine logisch-nothwendige Eigenschaft noch Ursache der Handlung als einer körperl. Bewegung, so kann derselbe auch nicht begrifflich nothwendiges Element eines Rechtsgeschäfts sein, nämlich nicht aus dem Grunde, weil das Rechtsgeschäft eine Handlung ist.

Zitelmann schildert zuerst wie es in ganz normalen Fällen vor sich geht, er betrachtet die Willenserklärung nur bei vollem Bewusstsein über die Handlung und deren Folgen und bei vorzüglich darauf gerichteter Absicht, einen normalen Musterfall ¹⁾. Er schliesst sonach: Wenn an den normalen Fall bestimmte Wirkungen angeknüpft werden, so können an die anormalen Fälle nicht dieselben Rechtsfolgen angeknüpft werden. Dies läuft aber auf eine *petitio principii* hinaus. Es heisst den ungesunden Körper aus der Welt zu schaffen, statt ihn zu forschen. Er prüft nicht, wie der schwache Körper fungirt, sondern erledigt die Sache durch die Behauptung: der schwache Körper fungirt nicht und kann nicht ebenso wie der gesunde fungiren.

Zitelmann's Theorie ist ganz verfehlt. Er legt das Hauptgewicht auf den Willen als psychischen Vorgang, als inneren Seelenact. Er isolirt denselben vollständig von den Vermögens- und Lebensverhältnissen, von Bedürfnissen und Interessen des Verpflichteten und betrachtet ihn als rein psychischen Act in seiner Entstehung und Functionen. Er forscht nicht, wie der Wille im Leben fungirt und was für Bedeutung demselben in Bezug auf die gesellschaftlichen Beziehungen der Menschen unter einander zukomme.

¹⁾ Zitelmann bemerkt ausdrücklich, dass er nur den Normalfall der Willenserklärung betrachtet. S. 268. S. 272.

Nicht als nackte psychologische Thatsache als innerer Seelenprocess in seiner Entstehung und Functionen kommt ja der Wille in Betracht, sondern im engen Zusammenhang mit den Lebens- und Vermögensverhältnissen, Interessen und Bedürfnissen des Wollenden, als Ausdruck und Spiegel derselben. Nicht darnach soll man fragen, ob der psychische Act des Wollens auf diese oder jene Rechtsfolgen gerichtet ist, sondern ob diese Rechtsfolgen den Interessen und Bedürfnissen des Wollenden entsprechen. Wird der Zusammenhang des Willens mit den Bedürfnissen des Wollenden gelockert, entscheidet bloss der psychologisch erzeugte Entschluss, dann wird sich das Individuum auch infolge seines anormalen Wollens öfters zu beschweren haben, dass die Rechtsordnung seine Privatautonomie nicht gehörig anerkenne und fördere. Zitelmann's Theorie hält den Handelnden an dem Wollen, wie die extreme Erklärungstheorie an dem Wort. „Tu l'as voulu, George Dandin“ sagt er ja selber.

Eisele¹⁾ versucht das Erforderniss des Consenses aus dem Wesen des Vertrags abzuleiten.

„Das Erforderniss der Willensübereinstimmung“ sagt er, „beruht weder auf *jus civile* noch auf *bona fides* sondern liegt in dem vom Recht unabhängigen Wesen des Vertrags (J. f. D. 25. S. 440.). Er stellt dem wissenschaftlichen Vertragsbegriff den natürlichen gegenüber. Der Begriff „Vertrag“ sei kein prinzipiell im Recht geschaffener Begriff. Er kommt vielmehr aus dem Leben in's Recht, sei Product des menschlichen Verkehrs. Deshalb entscheide bloss das Leben darüber, was Vertrag sein soll. Das Recht könne bloss Bedingungen bestimmen, unter welchen es an den Vertrag rechtliche Folgen knüpft, aber es könne nicht bestimmen: das und das soll Vertrag sein. Das Recht könne andererseits bestimmen, ein Thatbestand soll diejenigen Rechtsfolgen haben, als wäre er ein Vertrag aber es wäre unrichtig ihn deshalb als Vertrag zu bezeichnen und den Vertragsbegriff dem gemäss zu formuliren. Man dürfe also von einem Vertrag auch dann nicht sprechen, wenn auch das Gesetz den Thatbestand so

¹⁾ Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensnebereinstimmung der Contrahenten. Jahrb. f. Dogm. Bd. 25. S. 440 ff.

bezeichnet, um so weniger wenn es nur an denselben diejenigen Rechtsfolgen knüpft, wie an einen Vertrag. Da nun zum Vertrag im natürlichen Sinne stets die Willensübereinstimmung gehört, so kann beim Consensmangel, von einem Vertrage nicht die Rede sein. Wenn die Gesetze dennoch in einzelnen Fällen trotz Consensmangel vom Vertrag sprechen so sei es nur „indirecte Wirkung davon, dass der sich auf Consensmangel Berufende mit seinem Vorbringen nicht gehört wird (S. 442.). Wo die Gesetze trotz Consensmangel dennoch vom Vertrag sprechen, dort liege in Wahrheit kein Vertrag vor, vielmehr Fiction eines solchen“.

Wenn Eisele den Vertragsbegriff im natürlichen Sinne für die Rechtswissenschaft für massgebend ansieht, so wird nur der Streit auf ein anderes Gebiet übertragen, nicht entschieden, ich möchte sagen auf das Gebiet des gesellschaftlichen Lebens, der gesellschaftlichen Verhältnisse der Menschen unter einander. Damit wird aber nicht bewiesen, dass in gesellschaftlichen Verhältnissen der Menschen nur dann vom Vertrag die Rede ist, wenn der Consens vorliegt. Es ist nicht bewiesen warum ein objectiver Beobachter einen Vertrag schon da nicht annehmen dürfte¹⁾, wo bloss Willenserklärungen ihrem objectiven Sinne nach übereinstimmen.

Auch wenn zum Vertrag im natürlichen Sinne der Consens unentbehrlich wäre, wäre es nicht entschieden ob die Rechtsordnung den Begriff in eben dieser Bedeutung annehmen soll, ob sie ihn dennoch nicht ändern dürfe, denn über die juristischen Begriffe entscheidet nicht die Logik, das Natürliche sondern lediglich die Rücksichten auf sociale Bedürfnisse, ihr Zweck gemeinschaftlichen Bedürfnissen zu dienen. In erster Linie behauptet Eisele das Erforderniss des Consenses zum Begriff des Vertrags im Natursinne ausschliesslich für das positive röm. Recht. Dann aber (J. 440. und 441.) stellt er einen naturrechtlichen Satz: „das Erforderniss der Willens-

¹⁾ So z. B. erkundigt sich Bekker (Krit. Vierteljahrschrift Bd. 22. S. 50). wie bei dem Volke Fälle der von der inneren Absicht abirrenden Erklärung beurtheilt werden und kommt zu dem Resultat, dass das Gefühl sich ausnahmslos gegen die Ergebnisse der herrschenden Lehre entscheidet.

übereinstimmung wäre also für jedes Recht massgebendes, nothwendiges Prinzip, ein Prinzip des Naturrechts“. Ferner ist der Begriff des Vertrags im Natursinne ebensowenig eine konstante für sich bestehende Grösse, wie der Begriff des Vertrags in der Rechtswissenschaft, er richtet sich vielmehr nach gesellschaftlichen Bedürfnissen und wird durch dieselben bestimmt und gebildet. Entspricht nun das Erforderniss des Consenses den socialen Bedürfnissen nicht, dann wird es auch in den Begriff des Vertrags im Natursinne nicht mit aufgenommen. Eisele's Deduction ist also reine *petitio principii*. Denn es handelt sich eben um den sociologischen Begriff des Vertrags. Zuletzt wird auch bei Untersuchungen *de lege ferenda*, Erwägungen aus Zweckmässigkeitsrücksichten der Begriff im Natursinne und seine Bestimmungsmomente in Betracht gezogen und auf Grund des sociologischen Begriffs Postulate für die Gesetzgebung aufgestellt. Mithin wird der Begriff Vertrag in gesellschaftlicher Bedeutung bei allen Untersuchungen mehr oder weniger berücksichtigt. Hier haben wir also nicht mit einer Erklärung, sondern mit der Verschiebung der streitigen Frage zu thun.

Das Erforderniss des Consenses als Thatbestandsmoments für den Eintritt der Rechtsfolgen eines Vertrags ist weder logisch- nothwendig noch logisch-unmöglich. Auch die herrschende Lehre bedient sich teleologischer Begründung (Zweckmässigkeitsrücksichten, legislatorischer Erwägung) um ihren Grundsatz zu behaupten. Weil die gegnerische Lehre sich der Zweckmässigkeitsrücksichten zu ihrer Begründung bedient, fühlt sie dies Bedürfniss, die gegnerische Theorie mit gleicher Waffe zu bekämpfen und zu schlagen. Sodann sieht die herrschende Lehre, dass sie mit Quellenentscheidungen nicht ausreiche; denn wenn auch im römischen Recht die Willenstheorie vorherrschend wäre, es uns nicht zwingen würde, die Richtigkeit derselben nicht zu prüfen und die Frage nicht zu stellen, ob dasjenige was auch in einer so gediegen entwickelter Rechtsordnung wie die römische Rechtens ist, auch Rechtens sein soll. Also doch sucht auch die herrschende Lehre, die ihren Stand höchstens auf dem Boden des gemeinen Rechts behaupten kann, (was aber von vielen

Seiten bestritten wird¹⁾ nach innerer Begründung ausserhalb des positiven Rechts, nach Elementen, welche ausserhalb des positiven Rechts liegen, und eben darin ist ihre Beweisführung am schwächsten. Zugegeben aber, dass die Willenstheorie diejenige des römischen und gemeinen Rechts sei, so wäre sie bloss für das röm. und gemeine Recht richtig, nicht aber z. B. für das österreichische, wo die Vertrauensstheorie sehr consequent ausgeführt ist; welche von ihnen den Vorzug verdient, lässt sich weder aus dem positiven römischen noch aus dem positiven österreich. Recht entscheiden; um beide zu vergleichen und abzuwägen muss ein Drittes, ein *tertium comparationis* gesucht und gefunden werden, und dies liegt ohne Zweifel sowohl ausserhalb der einen als auch der anderen positiven Rechtsordnung.

Sehr geschickt spielt Zitelmann von der dialektischen in die teleologische Begründung über. Nachdem er im Prinzip nur den Normalfall betrachtet, schliesst er: „Den geschilderten logisch-psychologischen Mechanismus hat die Rechtsordnung für sich adoptirt. Sie sagt zum Menschen „Du hast nur nöthig zu erklären, welche Rechtsfolge den Inhalt Deines Begehrens bildet, und ich werde Dein Begehren erfüllen, sofern es sich in gewissen Grenzen, welche ich Dir bezeichnen werde, hält. Indem das Recht so spricht, erweitert es die Causationsfähigkeit des Subjects um ein fast unermessliches Gebiet; nun erst gibt es der Person in Wahrheit eine privat rechtliche Freiheit, denn es gibt ihr unmittelbare Einwirkung auf die Welt der subjectiven Rechte (Irrthum und Rechtsgeschäft S. 244, 245.).

Ebenso Enneccerus²⁾: „Wenn Rechtsverhältnisse Menschen Güter verschaffen und Rechtsgeschäfte dazu als Mittel dienen sollen, so ist diese Autonomie nur dann eine vollkommene, wenn die Rechtsfolgen unmittelbar durch den Willen bestimmt werden. Jede Abweichung von diesem Prinzip bedeute die Entwerthung des Prinzips vom Standpunkte

¹⁾ So z. B. Piniński Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II. behauptet kategorisch den Standpunkt der Erklärungstheorie für das gemeine Recht. Auch Versuche bei Hartmann, Kohler u. a.

²⁾ Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 76 ff.

höherer Zweckmässigkeit. Mögen wir die Erklärung in objectiver Betrachtung oder den Sinn, wie ihn der Gegner unter obwaltenden Umständen bei gehöriger Aufmerksamkeit verstehen musste oder den Geisteseffect, den die Erklärung im Gegner hervorrief und dann die an den „Sinn“ oder „Geistes-effect“ geknüpften Folgen eintreten lassen ohne Rücksicht, ob sie gewollt seien, immer wird die Autonomie verringert.“ Abgesehen von der Frage, ob die „höhere Zweckmässigkeit“ in Förderung der Privatautonomie liege, ja sogar zugegeben, dass im Privatrecht die Autonomie der Person gewahrt werden muss, so folgt daraus keineswegs mit Nothwendigkeit, dass das einzige Mittel zur Förderung der Privatautonomie darin liege, dass man das Begehrtsein einer Rechtsfolge durch eine Person zum Thatbestandsmoment für den Eintritt dieser Rechtsfolge macht. Sodann handelt es sich bei Verträgen nicht um die Privatautonomie des Erklärenden sondern um Entscheidung der Kollision zwischen der Privatautonomie des Erklärenden und des Anerklärten. Wohl zu beachten ist es, dass die Vertragswirkungen die Willens- und Vermögenssphäre beider Kontrahenten berühren des einen als Verbindlichkeiten des anderen als Rechte, dass der Erklärende durch Offert, der Anerklärte durch Annahme diese Privatautonomie innerhalb ihrer Vermögenssphäre bethätigen und dass das Prinzip „die Privatautonomie muss gewahrt werden“ noch nicht entscheide, weil jede Partei gleiches Recht auf Förderung ihrer Privatautonomie beanspruchen kann. Die Frage ist nicht die, ob die Autonomie überhaupt gewahrt werden soll, sondern wessen Privatautonomie von beiden Contrahenten gefördert werden soll, und wie die Kollision zwischen zwei Privatautonomien zu lösen ist.

Enneccerus beruft sich darauf, dass inniger Zusammenhang des Rechtsgeschäfts mit den Lebensbedürfnissen, der oekonomisch-subjective Standpunkt des Handelnden nur aus seinem Willen deducirt werden kann, dass durch Nichtbeachtung des inneren Willens dieser Zusammenhang zerrissen wird, dass die Erklärungstheorie den nothwendigen nur durch den bewussten Willen hergestellten Zusammenhang des Geschäfts und der Lebensverhältnisse löst, dass die letztere in Folge dessen nicht zweckmässig sondern zweckwidrig sei

und unser Gerechtigkeitsgefühl verletze. Abgesehen von der Thatsache, dass es sich insbesondere bei dem Vertrag um den Zusammenhang der Wirkungen desselben mit den Lebens- und Vermögensverhältnissen beider Contrahenten des Handelnden und der Gegenpartei handelt, dass also die Erklärungstheorie zwar den Vertrag von den Lebensverhältnissen des Handelnden loslöst, denselben aber um der Sicherheit des Verkehrs willen an die Vermögensverhältnisse der Gegenpartei bindet und dass die Frage nicht darauf geht, ob der Vertrag von den Lebensverhältnissen des Handelnden losgelöst werden solle, sondern, da darselbe infolge der Anomalie unmöglich mit Interessen beider Parteien coincidiren kann, an wessen von beiden Contrahenten Lebensverhältnisse der Vertrag angeknüpft werden solle, so fragt sich, ob das Willensdogma diesen Zusammenhang prinzipiell und absolut beachtet. Wir verneinen die Frage entschieden. Besteht beim Motivsirrthum dieser innige Zusammenhang der Vertragswirkungen mit Lebensverhältnissen des Erklärenden? Gewiss nicht und dennoch zollt man den Motiven keine Beachtung! Wenn man dies aber thut, so geschieht es gewiss nicht um des Irrenden willen, sondern um des Mitkontrahenten willen und es ist ganz klar, dass es sich um den Zusammenhang der Vertragswirkungen mit Lebensverhältnissen des Anerklernten handelt. Wenn die Rechtsordnung dem Privatwillen Autonomie gibt und geben soll, so gibt sie dieselbe gewiss nicht dem psychologisch erzeugten Willen, dem Willen als innerem psychischen Act sondern, dem Willen im Zusammenhang mit Lebensverhältnissen und Interessen des Handelnden. Denn nur dieser wäre im Stande das wahre Interesse des Handelnden zu fördern. Indem die herrschende Lehre den Willen nicht im Zusammenhang mit Lebensverhältnissen des Wollenden betrachtet, vielmehr denselben von den letzteren loslöst, befriedigt sie das von ihr selbst aufgestellte Postulat nicht.

III.

Die Irrthumslehre der Willenstheorie ist nichts als eine strenge Consequenz der Lehre vom Rechtsgrund des Vertragsschutzes. Die Lehre geht von einem übertriebenen Li-

beralismus aus und vertheidigt den Grundsatz, dass jedem Individuum die Möglichkeit gewährt werden muss, nach Belieben seine Privatverhältnisse zu regeln, seine Bedürfnisse zu befriedigen, seine Interessen zu fördern. Zu diesem Zwecke dienen die Rechtsgeschäfte, Verträge. Durch die letzteren bethätigt das Individuum seine Privatautonomie. Dabei huldigt die herrschende Doctrin dem Subjectivismus und zwar nicht dem materiellen, dem subjectiv-oekonomischen Standpunkt des Individuums, sondern dem rein formellen psychologischen Subjectivismus, der sich im Wollen als psychischem Vorgang bethätigt. Dieses Wollen isolirt diese Lehre von den Lebensverhältnissen und Interessen des Handelnden von sonstigen Vorstellungen, Motiven desselben und s. f.

Nach dieser Ansicht soll die Rechtsordnung im Dienste der Privatautonomie stehen, und dazu bestimmt sein das Individualinteresse zu fördern und zu verwirklichen: Freilich zieht man hier gewisse Grenzen¹⁾, in welchen die Rechtsordnung das Individualinteresse zu fördern hat. Wie weit aber diese Grenzen reichen und ob sie nicht wenigstens für gewisse Verhältnisse das Prinzip aufheben, beachtet diese Lehre nicht. Wo sich lediglich um das Interesse des Erklärenden handelt, sind diese Grenzen enger zu ziehen; wo aber durch Verstrickung zweier Wirthschafts- und Vermögenssphären das Individualinteresse des Handelnden mit dem Interesse eines anderen Individuums in Collision geräth, da geht die Frage auf die Entscheidung der Collision, und die Gränzen für die Verwirklichung der Privatautonomie müssen ohne Zweifel breiter gezogen werden.

In dem Willen als Bethätigung der Privatautonomie findet die Lehre den Rechtsgrund des Vertragsschutzes. Beim Vertrag kann es nur auf den übereinstimmenden Willen der Contrahenten, den Consens ankommen. Deshalb stellt die herrschende Lehre den Consens als Erforderniss des Vertragsthatbestands auf.

Jhering's Interessentheorie erhebt sich über den formalistisch-subjectiven Standpunkt. Sie geht genauer auf den wahren Grund des subjectiven Rechts ein. Recht im su-

¹⁾ Zitelmann a. a. O. S. 245.

bjectiven Sinne ist rechtlich (durch das objective Recht) geschütztes Interesse“¹⁾. Rechtsgrund des Vertragsschutzes liegt in dem Interesse der Contrahenten. „Im Vertrag wird Coinzidenz der Interessen constatirt. Die Anerkennung der bindenden Kraft der Verträge vom Standpunkt des Zweckgedankens aus betrachtet heisst nichts als Sicherung des ursprünglichen Zwecks gegen den nachtheiligen Einfluss einer späteren Interessenverschiebung oder veränderten Interessenbeurtheilung in der Person des einen Theils, oder rechtliche Einflusslosigkeit der Interessenänderung“²⁾.

Leider hat uns Jhering nicht angegeben, was er unter dem Interesse versteht. Dass wir uns bei der Beurtheilung des Interesses auf den subjectiven Standpunkt des Interessenten stellen müssen, unterliegt keinem Zweifel. Denn darüber, was meinen Interessen entspreche, was meine Bedürfnisse zu befriedigen im Stande ist, kann nur ich allein entscheiden. Zwischen beiden Theorien finden wir keine prinzipielle Kluft; die Interessentheorie geht nur tiefer und eindriger auf den wahren Grund des Rechts ein. Zwischen dem Interesse und Willen fehlt die Brücke nicht; mein Interesse und mein Wille widersprechen einander nicht — der letztere ist Ausdruck und Spiegel des ersteren, mein Wille ist durch Vorstellung und Beurtheilung meiner Interessen und Bedürfnisse bedingt. Nur hebt die Willenstheorie das formelle Moment, die Interessentheorie die materielle Grundlage des Rechts. Dies alles vorausgesetzt, dass man das Interesse gehörig begreift. Wir begreifen es als Genuss von Gütern zum Zwecke der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse. Zwei Elemente gehören in den Begriff des Interesses. Ein richtig verstandenes und beurtheiltes Bedürfniss und Befriedigung desselben mittelst vorhandenen, oder anzuschaffenden (Obligationen) Gütervorraths.

Wir pflichten der Ansicht Leonhard's³⁾ vollständig bei, wenn er Jhering's Theorie des subjectiven Rechts nur als eine „wünschenswerthe Erläuterung“ der herrschenden Wil-

¹⁾ Geist des röm. R. IV. S. 319 ff.

²⁾ Zweck im Recht I. S. 78.

³⁾ Irrthum bei nichtigen Verträgen I. S. 112. N. 3.

lenstheorie ansieht, insoferne nämlich als unser Wille von unseren ethischen, gesellschaftlichen, wirthschaftlichen Interessen abhängt. Wir sind jedoch nicht einverstanden, wenn dieser Schriftsteller behauptet, dass die Rechtsordnung, wenn sie den Willen schütze auch das Interesse schütze, denn es kann wohl zwischen dem Willen und dem Interesse an dem Zusammenhang fehlen.

Auf die Frage über den Rechtsgrund des Vertragsschutzes geben uns diese beiden Theorien folgende Antwort: Die Rechtsordnung huldigt der Willensmacht beider Kontrahenten über ihre Lebens- und Vermögenssphäre — sagt die Willens- theorie. Die coincidirenden Interessen der Parteien werden geschützt und gefördert — sagt Ihering's Interessentheorie. Beide Theorien erklären uns jedoch nur den normalen Thatbestand des Vertrags. Wo der Wille beider Contrahenten übereinstimmt, wo die Interessen wirklich coincidiren, dort kann der Grund des Vertragsschutzes auf den Consens oder Coinzidenz der Interessen zurückgeführt werden. Wo aber der Consens mangelt, die Interessen der Contrahenten auseinandergehen, da kann weder auf die positivrechtliche Frage, warum eine bestimmte Rechtsordnung auf einen solchen Vertrag Rechtsfolgen knüpft noch auf die naturrechtliche Frage, ob die Rechtsordnung an diesen Vertragsthatbestand Rechtsfolgen anknüpfen soll, die Antwort in der Willensübereinstimmung oder in der Interessencoinzidenz nicht gesucht werden. Auf den pathologischen Fall passt weder die eine noch die andere Theorie.

Wahr ist nur das Eine, dass der eigentliche Factor, der die gesellschaftlichen Verhältnisse und mit diesen die Rechtsverhältnisse in's Leben ruft nicht der Wille in seiner psychologischen Entstehung und Functionen ist, sondern die menschlichen Bedürfnisse als gegebene Thatsachen und der unwiderstehliche Drang nach deren Befriedigung. Der psychologische Wille findet nur so ferne Beachtung, als durch den Willen das Interesse bethätigt wird. In normalen Fällen ist der Wille wirklich nur Ausdruck und Bethätigung des Individualinteresses; aber ebenso möglich ist es, dass zwischen dem psychologischen Wollen, dem Willen in seinen psychologischen und physiologischen Functionen und Interessen des

Wollenden ein Widerspruch entstehen kann. Willenskrankheiten, unrichtige Vorstellungen, irrige Motive lösen den Zusammenhang des psychologischen Wollens von Lebens- und Vermögensverhältnissen, Bedürfnissen und Interessen des Wollenden los. Es ist ferner bekannt, dass die Rechtsordnung die Rechtsfolgen eines anomalen Willens in vielen Fällen annullirt. Hierher gehören: Erforderniss des Rechtsgrunds (causa) für Causalgeschäfte und deren Trennung von abstracten Geschäften, Berücksichtigung des Motivsirrthums bei letztwilligen Verfügungen, Lehre von der Voraussetzung, endlich Irrthumslehre.

Die herrschende Lehre unterscheidet noch immer mit Savigny den echten und unechten Irrthum. Der letztere liegt dann vor, wenn infolge des Nichtwissens oder Falschwissens eine Divergenz zwischen dem Willen und der Erklärung entsteht. Dann hat rechtliche Bedeutung nicht der Irrthum als solcher, sondern die dadurch verursachte Divergenz, der Irrthum ist bloss ein Grund hievon. Beim echten Irrthum stimmen der Wille und die Erklärung überein, das Nichtwissen oder Falschwissen ist Grund (Motiv) für einen bestimmten Willensentschluss. Eine Modification der Rechtsfolgen tritt nur unter gewissen Voraussetzungen ein. Auf Grund der Verwechslung von Wirkung und Ursache nennt man auch Divergenz zwischen dem Willen und der Erklärung Irrthum. Das charakteristische Merkmal des unechten Irrthums findet man bekanntlich darin, dass dabei auf die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums gar nicht ankomme.

Schon daraus erhellt klar, dass der Nachdruck auf den Willen als inneren Seelenprocess, auf das psychologische Wollen gesetzt wird und je darnach der Unterschied zwischen dem echten und unechten Irrthum bestimmt. Stimmt der Wille mit der Ausführungshandlung und ihren Wirkungen überein, dann soll der Motivsirrthum andere Behandlung erfahren, als wenn die Ausführungshandlung von dem inneren Willen abweicht — dort ist infolge Nichtwissens oder Falschwissens Unrichtiges gewollt und ausgeführt, hier ist zwar Richtiges gewollt aber Unrichtiges ausgeführt. Dass in beiden, Fällen gleichmässig der Zusammenhang mit sonstigen Lebensverhältnissen und Bedürfnissen des Handelnden

zerrissen ist und dass in dieser Beziehung beide Fälle gleichmässige Beachtung und Behandlung erheischen, beachten die Anhänger der Willenstheorie nicht. Die Frage hat sich übrigens zu einer lediglich technisch-juristischen abgestumpft. Sowohl der unechte als auch der echte Irrthum wird berücksichtigt, der erstere jedoch im Wege der Bemängelung des Thatbestands, der letztere durch Anfechtung der normalen Vertragswirkungen. Freilich verdient bloss ein solcher Motiv Beachtung, welcher im Kampfe der Motive vor der Entschlussfassung den Sieg über andere davongetragen hat so, dass man wohl sagen könne zwischen dem Wollen und dem Motive bestehe ein Causalzusammenhang.

Vom Standpunkte des Irrenden lässt sich die prizipiell verschiedene Behandlung des Motivirrthums und des unechten Irrthums nicht treffend begründen ¹⁾. Nicht als nackte psychologische Thatsache als innerer Seelenprocess in seiner Entstehung und Functionen kommt der Wille in Betracht, sondern im engen Zusammenhang mit den Lebens- und Vermögensverhältnissen, Bedürfnissen und Interessen des Wollenden als Ausdruck und Spiegel derselben. Nicht darnach soll man fragen, ob die an das geschäftliche Auftreten geknüpften Rechtsfolgen mit den psychologisch gewollten Rechtsfolgen übereinstimmen, sondern ob sie den Vermögens und Lebensverhältnissen, Bedürfnissen und Interessen des Handelnden entsprechen. Nicht der subjectiv-psychologische sondern der subjectiv-oekonomische Standpunkt bildet den Ausgangspunkt in unserer Frage. Dieser enge Zusammenhang kann auf doppelte Weise losgelöst werden, durch Anomalie des Willensentschlusses und Anomalie des geschäftlichen Auftretens, der Ausführung des Entschlusses. Anomalie des Willens hat in irrigen Vorstellungen und Voraussetzungen, irrigen Motiven ihren Grund; Anomalie des geschäftlichen Auftretens liegt dann vor, wenn der Willensentschluss zwar

¹⁾ Hartmann: Wort und Wille im Rechtsverkehr Ihering's Jb. f. D. 20. S. 13. „Vom Standpunkte der entscheidenden Gesichtspunkte aus fehlt es an jedem Grund, wesshalb Acte des Abirrens der Erklärung eher für praktisch bedeutungslos und wirkungslos gelten sollten, als so manche Fälle des Irrthums im engeren Sinn, wo eine falsche Vorstellung von der objectiven Aussenwelt den Entschluss beherrschte.

richtig gefasst aber unrichtig ausgeführt wurde. Die herrschende Lehre ist geneigt die Rechtsfolgen auch dann zu annulliren, wenn dieselben zwar den Lebensbedürfnissen und Interessen des Wollenden entsprechen aber mit psychologischem Willen nicht übereinstimmen. Habe ich infolge unrichtiger Vorstellungen, Motive, Voraussetzungen, Unrichtiges gewollt und ist dennoch, wenngleich aus Irrthum (Versprechen, Verschreiben, Vergreifen) das Richtige ausgeführt (erklärt), dann müsste nach der herrschenden Lehre der Vertrag als nichtig angesehen werden, obgleich die an mein geschäftliches Auftreten angeknüpften Rechtsfolgen meinen Lebensbedürfnissen und Interessen, obgleich sie meinen Intentionen vollkommen entsprechen¹⁾. Diese Consequenz, welche im Sinne der herrschenden Lehre unwiderlegbar ist, wäre ohne Zweifel dem Handelnden selbst unerwünscht, er wird dies vielmehr als einen glücklichen Zufall ansehen, wenn er trotz unrichtiger Vorstellungen und von dem Willen abweichender Ausführung dennoch das Richtige getroffen hat.

Wird ferner von der herrschenden Lehre das Hauptgewicht auf den psychischen Willen gelegt, dann müsste man konsequent auch dann das Rechtsgeschäft als nichtig erklären, wenn durch Verunstaltung der Erklärung der Sinn derselben für den Erklärenden günstiger gestaltet würde.

Ist der Grund für die Beachtung des Irrthums darin zu suchen, dass im entgegengesetzten Fall der Zusammenhang der Rechtsfolgen mit den Lebensverhältnissen und Bedürfnissen des Handelnden losgelöst wäre und dass dadurch seine Privatautonomie beeinträchtigt würde, so ist gewiss aus diesem Grunde der Motivirrhum, unrichtige Voraussetzung, irrige Vorstellung ebenso erheblich als Divergenz der Erklärung vom Willen und es ist die verschiedenartige Behandlung des Willens einerseits und der Anomalie des geschäftlichen Auftretens (Ausführungsactes) andererseits gewiss unbegründet.

¹⁾ Vgl. Piniński Thatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 386. Pernice u. a. O. S. 135. So die Fälle der Verirrung (Sichvergreifen, Versprechen, Verschreiben). Die Verirrung ist niemals als solche Grund des Willensmangels sondern wenn sie in der That zur Folge hat, dass das Erklärte der Absicht des Handelnden nicht entspricht. Vgl. auch Piniński a. a. O. II. S. 386 und ff.

Ferner steht es ebenso fest, dass die Anomalie des geschäftlichen Auftretens (Abweichung des letzteren von dem psychologisch Gewollten) unter denselben Voraussetzungen berücksichtigt werden soll, wie die Anomalie der Entschlusssfassung.

Sonach muss man streng scheiden (dies ist bisnun nicht geschehen) die soziologische Frage von der juristisch-technischen. Die erstere geht dahin, dass die Vertragswirkungen niemals ohne Rücksicht auf Bedürfnisse und Interessen der Contrahenten festgestellt werden sollen, und dass beim Mangel dieses Zusammenhangs die Rechtsfolgen ganz aufzuheben oder doch wesentlich zu modifizieren sind. Wie diese Aufhebung resp. Modification bewirkt werden soll, durch Bemängelung des Thatbestands oder Anfechtung der normalen Vertragswirkungen, das ist die Frage lediglich der juristischen Technik.

Die herrschende Lehre behandelt die Anomalie des Entschlusses einerseits und die Anomalie des Ausführungsactes andererseits verschiedenartig sowohl mit Rücksicht auf die soziologische als auch juristisch-technische Frage.

Während die Abweichung der Erklärung vom Willen (unechter Irrthum) bereits als solche den Vertrag afficirt, haben irrige Motive, unrichtige Vorstellungen nur unter gewissen Voraussetzungen Bedeutung. Kann bei diesem Resultat der Grundsatz der Verwirklichung und Förderung der Privatautonomie noch bestehen?

Warum hat der einseitige Motivirrthum keine Beachtung, während doch der beiderseitige Motivirrthum (irrige Voraussetzung) den Vertrag wenigstens unter gewissen Bedingungen afficirt?

Dass dies richtig ist, können wir nicht bestreiten. Aber darf man dabei noch behaupten, dass in dem einen Fall der Zusammenhang der Rechtsfolgen mit den Interessen des Irrenden (im Motiv) bestehe, im anderen Fall aber nicht und dass im ersteren Fall seine Privatautonomie durch den Entschluss bethätigt wird in dem anderen dagegen nicht?

Findet man den Grund für die verschiedenartige Behandlung des Motivirrthums einerseits und des sg. unechten Irrthums andererseits etwa darin, dass dem Motiv nur eine unter-

ordnete Rolle zukomme, nur die Bedeutung eines Nebenumstands, dann beachtet man gar nicht, dass das Motiv manchmal so mächtig ist, dass der Irrende gar keinen Vertrag abgeschlossen haben würde, wenn er sich nicht im Irrthum befunden hätte.

Wenn man auch dann das Motiv nicht beachtet, empfiehlt es sich noch das Prinzip der Verwirklichung und Förderung der Privatautonomie zu predigen?

Nicht um des Irrenden willen findet der Motivirrhum keine Beachtung, sondern um seines Vertragsgenossen willen, nur dann und nur deshalb, wann und weil dieser Umstand dem Anerklärten unbekannt ist, von ihm also zur Grundlage des Vertrags nicht genommen wurde¹⁾.

Würde es sich lediglich um die Förderung und Verwirklichung der Privatautonomie des Erklärenden handeln, dann ist kein Grund zu finden, warum der Motivirrhum keiner Beachtung gewürdigt wird, warum der letztere ebenso wie bei letztwilligen Verfügungen nicht auch bei Verträgen behandelt wird?

Der eigentliche Grund für die verschiedenartige Behandlung ist gewiss nicht in der Privatautonomie des Erklärenden, sondern in derjenigen seines Vertragsgenossen zu suchen. Es erhellt nun ganz klar, dass dabei nur die Privatautonomie beider Contrahenten in Frage kommen kann.

Das oesterr. allg. bürgerl. Gesetzbuch unterscheidet den sg. unechten Irrthum vom Motivsirrhum prinzipiell nicht. Unter denselben Bedingungen und Voraussetzungen, welche die Aufhebung des Vertrags bewirken, affizirt das Rechtsgeschäft auch der Motivirrhum. Unter dem allgemeinen Begriff „Nebenumstand“ (§. 873) muss ohne Zweifel auch der Motiv verstanden werden und es unterliegt keinem Zweifel, dass der Motiv als Nebenumstand, wenn er im Sinne des §. 872 als

¹⁾ Vgl. Piniński Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II. 480. „Der Motivsirrhum ist nicht darum unwesentlich, weil er error motivo ist, sondern weil er als error non probabilis angesehen werden muss“. Nicht glaubwürdig ist der Motivirrhum deshalb, weil aus dem geschäftlichen Auftreten nicht zu entnehmen ist, dass der Wille von dem Vorhandensein dieses Umstands abhängig gemacht worden sei d. h. weil dem objectiven Beobachter die Erheblichkeit dieses Umstands unsichtbar und unerkennbar ist.

„vorzügliche Absicht“ erklärt wurde, und infolge unrichtiger Angaben (Irreführung) seitens der Gegenpartei den rechtsgeschäftlichen Entschluss herbeigeführt hat, den Vertrag unter denselben Voraussetzungen affizire, wie der unechte Irrthum z. B. über den Gegenstand. Andererseits ist es ganz gewiss, dass der blosse Beweggrund resp. Irrthum im Beweggrunde, wenn er dem Vertragsgenossen gar nicht erkennbar war, ebenso wie der unerkennbare unechte Irrthum auf den Vertrag gar keinen Einfluss übe (§. 901).

Auch die viel umstrittene Frage nach dem Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens hat für uns keine Bedeutung, da wir überhaupt nicht auf den Willen als psychischen Act, sondern auf das demselben zu Grunde liegende Interesse des Erklärenden das Hauptgewicht legen¹⁾.

Wo die Verwirklichung und Förderung der Privatautonomie das Zweckmässige sein soll, da dient nicht der subjectiv-psychologische sondern der subjectiv-oekonomische Standpunkt zur Richtschnur. Dass zwischen beiden letzteren eine Divergenz möglich ist, und dass die Rechtsordnung diese Divergenz beachtet, haben wir bereits dargethan.

¹⁾ Vom subjectiv-oekonomischen Standpunkt ausgehend halten wir die bestrittene Frage, ob der rechtsgeschäftliche Wille in erster Linie auf die Rechtsfolgen oder auf den wirthschaftlichen, ethischen Erfolg (Bechmann, Schlossmann) gerichtet ist, für einen müssigen Streit. Mögen die Rechtsfolgen in laienhafter Vorstellung oder in praktischer Rechtsanschauung (Enneccerus) gewollt sein, immer kommt es nicht darauf an, ob sie psychologisch gewollt sind oder klar und deutlich vorgestellt waren, sondern ob sie den Interessen, Lebensverhältnissen und Bedürfnissen des Handelnden entsprechen. Kohler's Ansicht, dass der rechtsgeschäftliche Wille auf den Geisteseffect gerichtet ist, passt nur auf die Fälle der Mentalreservation und Simulation, auf andere Fälle dagegen nicht; denn ist der Inhalt der Erklärung nicht gewollt, so kann gewiss auch der Geisteseffect, den derselbe hervorrufen soll, nicht gewollt sein.

Ebenso verdient der Unterschied zwischen dem Rechtsfolgewillen und dem Erklärungswillen keine Beachtung. Entsprechen die Rechtsfolgen meinen Interessen und Bedürfnissen, so kommt der Mangel an dem Erklärungswillen oder die Bewusstlosigkeit gar nicht in Betracht. Wenn der Kaufmann ganz mechanisch den Preis hersagt oder das Kaufobject aus dem Kasten herausholt, und tradirt, ohne daran zu denken und trotz Mangel an Bewusstsein das Richtige getroffen hat, soll auch dann der Kaufvertrag annullirt werden?

IV.

Aus dem Gesagten folgt, dass über die Privatautonomie nicht der subjectiv-psychologische sondern der subjectiv-oekonomische Standpunkt entscheiden kann.

Wo die Vertragswirkungen den Interessen und Bedürfnissen beider Contrahenten entsprechen, wo eine wahre „Interessencoinzidenz“ vorliegt, da ist es einerlei, ob man die mathematische Coinzidenz des Gewollten oder Interesseneinigung zum Thatbestand des Vertrags erhebt.

Dies passt jedoch ausschliesslich auf den normalen Fall.

Die herrschende Lehre begeht den Grundfehler, dass sie von einem Normalfall des Vertrags ausgehend das hier gefundene Resultat sodann an den anormalen Vertrag anwendet, indem sie den letzteren nichtig erklärt.

Die Forschung beginnt jedoch vorerst bei dem pathologischen Fall. Stimmt der Wille beider Contrahenten nicht überein oder geht ihr gegenseitiges Interesse an den Vertragswirkungen auseinander, dann entsteht die Frage, ob diese Vertragswirkungen dennoch eintreten sollen. Die Antwort kann nicht in dem Normalfall gesucht werden. Es wäre unrichtig daraus, dass im Normalfall die Willenseinigung oder Interessencoinzidenz vorliegt, den Schluss zu ziehen, der Vertrag müsse annullirt werden, weil im anomalen Fall diese Erfordernisse fehlen. Wo Kollisionen zwischen vertragsschliessenden Parteien vorkommen, dann kann es sich nur darum handeln dieselben zu lösen nicht aber zu verbannen.

Dies ist unseres E. nur durch eingehende Prüfung der Elemente des Vertragsthatbestands zu lösen.

Unter den Beziehungen der in Gemeinschaft lebenden Menschen sind die wichtigsten die Vertragsverhältnisse. Ihr charakteristisches Merkmal ist gegenseitige Berührung und Verstrickung zweier Wirthschafts- und Vermögenssphären. Vertragsverhältniss ist eine Beziehung zweier oder mehrerer Menschen zu einander, die ihre gegenseitigen Bedürfnisse direct oder durch Vermittelung des allgemeinen Werthmessers (Geldes) zu befriedigen im Stande sind und die sich zu diesem Zwecke an einander binden. Die Gebundenheit gibt allein für sich keine Befriedigung, sie ist bloss ein Vorbereitungs-

stadium, welches sich in Erwartung und Spannung auf Erfüllung und Befriedigung charakterisirt. Um dieses Zwecks willen hat der Zustand der Gebundenheit enorme Bedeutung. Die entgeltlichen Verträge sind Formen, in welchen der Tauschverkehr zu Tage tritt. Zwei Wirthschafts- und Vermögenssubjecte kommen zusammen um gegen entsprechenden Vermögensaufwand ihre Bedürfnisse zu befriedigen. Was für den einen Opfer, das ist für den Anderen Gewinn; was für den Einen Mittel, ist für den Anderen Zweck. „Im Vertrage wird Coincidenz der Interessen der handelnden Parteien constatirt“. Um zum Thatbestand des Vertrags zu gelangen, muss man das Interesse beider Contrahenten bestimmen. Das Interesse jeder Partei besteht zuerst darin, dass der Vertrag die Befriedigung ihrer Bedürfnisse herbeiführe und dass ihr Opfer, ihr Vermögensaufwand im Vergleich mit ihren sonstigen Lebens- und Vermögensverhältnissen als Mittel dem Zweck entspreche. Zweck ist für jeden Contrahenten die Leistung seines Gegentheils; nur diese befriedigt seine Bedürfnisse, dient seinen Interessen. Für den Verpflichteten ist diese Leistung nur ein Opfer, ein Aequivalent, nothwendiger Vermögensaufwand, um den Anderen zur Gegenleistung zu bewegen. Als Zweck muss die Leistung des Gegentheils den Lebens und Vermögensverhältnissen und Interessen des Berechtigten entsprechen, muss sich mit seinem concreten Bedürfniss decken. Als Mittel zum Zweck muss für den Handelnden seine eigene Leistung ein entsprechender Vermögensaufwand, seinen Interessen und Bedürfnissen angepasstes Opfer sein. Ob das Letztere der Fall ist, entscheidet der Handelnde subjectiv. Um zu beurtheilen, was für Interessen der A. oder der B. hat, muss man ihn selber hören. Darüber kann bloss er entscheiden, sämtliche Bedürfnisse und Interessen können bloss vom subjectiven Standpunkte aus beurtheilt werden. Die Thatsache, ob jemand an diesem oder jenem Erfolg ein Interesse hat, kann von objectivem Standpunkte aus nicht beurtheilt werden. Darüber entscheiden bloss seine Willens- und Verstellungsmomente seine eigenen Lebens- und Vermögensverhältnisse, Bedürfnisse und Interessen von seinem subjectiven Standpunkte aus beurtheilt. Ob die versprochene Leistung als Zweck den Lebensverhält-

nissen und Interessen des Berechtigten entspricht, beurtheilt der Letztere auf Grund sichtbarer Thatsachen, objectiv erkennbarer Angaben, Umstände und Verhältnisse des Handelnden, auf Grund seines geschäftlichen Auftretens. Daraus folgt, dass der Thatbestand des Vertrags sowohl aus inneren, verdeckten, unsichtbaren und verborgenen Vorstellungs- und Willensmomenten als auch objectiven Merkmalen, Handlungen, sichtbaren und offen liegenden Umständen zusammengesetzt ist. Wir unterscheiden also den inneren und äusseren Thatbestand des Vertrags. Den inneren Thatbestand bilden nun gewisse Vorstellungs- und Willensmomente, Willensbestimmung, Willenseinigung, Irrthum, Willensmangel, Zwang, Betrug und dgl. Gerade diese subjectiven, innerlichen Momente als Voraussetzungen der rechtlichen Wirkungen bilden diejenigen Elemente des Rechtsgeschäfts aus, für welche die Haftung des Contrahenten für seine Mittelspersonen in Frage kommt. Denn stimmt der äussere Thatbestand mit der speciellen Vollmacht (Auftrag) überein oder fällt derselbe in die Grenzen der allgemeinen Vollmacht (Auftrag) des Prinzipals, dann wird die Vertragswirkung immer in ihrem Grund auf den Willen des Prinzipals zurückgeführt. Weicht der äussere Thatbestand des Vertrags von diesen innerlichen Momenten des Prinzipals ab, dann kommt die Haftung in Frage aber dann gesellt sich auch immer ein inneres Moment der Mittelsperson hinzu. Die charakteristischen Merkmale dieser innerlichen Momente sind zuerst darin zu suchen, dass dieselben in erster Linie verborgen bleiben und dass sie erst durch das betreffende Subject an's Licht gebracht werden müssen. Immer hängt es vom Entschluss des Handelnden ab, ob er sich auf seine Willensmängel, sein Nichtwissen, seinen Irrthum berufen will. Unrichtig also verfährt die herrschende Lehre, wenn sie diesen Momenten objective Bedeutung gibt wie z. B. absolute Nichtigkeit bei Willensmängeln, indem diese Lehre behauptet, der Vertrag ist nichtig, wenn der Erklärung der innere Wille nicht entspricht, nicht aber der Vertrag ist nichtig, wenn der Erklärende seinen abweichenden Willen vorbringt (relative Nichtigkeit, Anfechtbarkeit). Dann muss sie zwischen der Nichtigkeit und Giltigkeit des Vertrags, der Existenz und Nichtexistenz ein Drittes anneh-

men, nämlich den Zustand, wo der Wille zwar an sich nicht besteht, wo aber dieses Nichtbestehen für jeden objectiven Beobachter unsichtbar ist, weil der Berechtigte sich darauf nicht beruft, weil der Willensmangel sein Internum bleibt. Dies zwingt sie zu den Fiktionen, Praesumptionen und anderen unwissenschaftlichen und künstlichen Hilfsmitteln Zuflucht zu ergreifen. Sodann zeichnen sich diese inneren Momente dadurch, dass sie keine selbstständigen Rechtsfolgen haben, dass ihre Wirkung meistentheils negativer Natur ist: sie hindern, modificieren, heben auf und äussern als solche ihre rechtliche Kraft an anderen Rechtsfolgen und anderen Wirkungen. Sie können also niemals als positive Thatbestandsmomente sondern als negative Elemente, Hindernisse des Vertrags betrachtet werden. Diesem inneren Thatbestand des Vertrags ist der äussere gegenüberzustellen. Es handelt sich nun darum, diesen äusseren sichtbaren Thatbestand gehörig zu bezeichnen. Gewöhnlich nennt man ihn kurz „Erklärung“ und versteht darunter verschiedene Zeichen (Wort, Schrift, andere Zeichen) wodurch ein Mensch dem anderen kundgibt, dass er einen bestimmten Wunsch hege. Dass dieser Ausdruck unpassend ist, wurde schon von mehreren Schriftstellern ¹⁾ dargethan. Unpassend ist er sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Beziehung. Qualitativ passt das Wort „Erklärung“ deshalb nicht, weil die Handlung, welche wir „Erklärung“ nennen, nicht immer „erklärt“ nicht immer den wahren Willen erklärt, dann nämlich nicht, wenn die äussere Handlung vom inneren Willen im wesentlichen Punkte abweicht. Quantitativ ist der Ausdruck unpassend, weil er nicht den gesamten objectiven äusseren Thatbestand der Vertragserklärungen bezeichnet. Denn zum objectiven Thatbestand des Vertrags gehören nicht bloss Zeichen, Handlungen, sondern auch die vorangehenden und begleitenden Umstände, Verhältnisse der Handelnden und andere Momente und bekannte oder erkennbare Seelenzustände, sei es aus der Person des Handelnden sei es aus ihrer Wirtschafts- und Vermögenssphäre; die letzteren bilden den Hintergrund, auf

¹⁾ Leonhard im citirten Werke S. 72. ff. Piniński Thatbestand des Sachbesitzerwerb II.

welchem die eigentliche Handlung das Zeichengeben hervortritt. Das Wort „Erklärung“ umfasst diese Momente nicht, ist quantitativ zu eng. Sodann ist in dem Wort „Erklärung“ bereits der Zusammenhang mit dem inneren Willen des Handelnden angedeutet, denn das Object der Erklärung ist nichts, als der rein innerliche Wille. Für unsere Zwecke passt also der Ausdruck nicht, da wir die äussere Seite der Vertragserklärung von inneren Momenten, die beiden Elemente des Thatbestandes streng auseinanderhalten und erst nachher ihren Zusammenhang betrachten. Ein Ausdruck, der diesen erst zu findenden Zusammenhang bereits angibt, ist wohl unpassend. Wir ziehen es also vor statt „Erklärung“ das Wort „geschäftliches Auftreten“ (Hartmann J. b. f. Dogm. XX. S. 10 und Pfersche Irrthumslehre des österr. Privatrechts) anzuwenden, da dasselbe qualitativ und quantitativ correcter den objectiven Thatbestand der Vertragserklärung bezeichnet.

Bei Anwendung dieses Ausdrucks wird zuerst von inneren Momenten abstrahirt, sodann begreift der Ausdruck nicht bloss Zeichen sondern auch alle anderen Umstände und Verhältnisse der Parteien. Kurz der Thatbestand des Vertrags ist aus zwei Elementen zusammengesetzt: dem inneren und äusseren. Das erstere bilden gewisse Vorstellungs- und Willensmomente und innere Seelenzustände des Handelnden, das letztere sein geschäftliches Auftreten. Das erstere entscheidet über den Zusammenhang der Wirkungen mit der Lebens- und Vermögenssphäre des Handelnden, über seinen subjectiv-oekonomischen Standpunkt, das letztere über den des Anerklärten und zwar nach der individuellen Auffassung desselben. Welches Element soll nun über das „Wie“ der Vertragswirkungen entscheiden? Beide zugleich, wenn sie im Einklang stehen; was aber wenn sie einander widersprechen? Um diese Frage zu entscheiden sehe man zu, wie die beiden Elemente im Leben wirksam sind, welche Wirkungen sie in gegenseitigen Beziehungen der Menschen zu äussern fähig sind. Eben dieselbe Bedeutung ist ihnen in der Rechtswelt zuzuschreiben. Die zum Abschluss zugezogenen Mittelspersonen betheiligen sich an beiden Elementen des Thatbestands. Denn einerseits sind ihre Willens- und Vortellungsmomente und innere Seelenzustände neben denen des Prinzipals in Betracht zu

ziehen andererseits beschaffen sie zusammen mit dem Prinzipal den äusseren Thatbestand. Zur Richtschnur für die Bestimmung der normalen Vertragswirkungen dienen die ihrem objectiven Sinne nach übereinstimmenden Vertragserklärungen beider Contrahenten. Der Inhalt der normalen Vertragswirkungen deckt sich mit dem Inhalt der ihrem objectiven Sinne nach übereinstimmenden Vertragserklärungen. Von den auf diese Weise in abstracto festgestellten Vertragserklärungen ist eine doppelte Abweichung möglich, die eine von dem subjectiv oekonomischen Standpunkt des Erklärenden (Verpflichteten) die andere von demjenigen des Anerklärten (Berechtigten). Unrichtige Vorstellungen, irrige Voraussetzungen, Motive, unrichtige Ausführungshandlung (Verschreiben, Vergreifen, Versprechen) lösen den Zusammenhang der normalen Vertragswirkungen von der Lebens- und Vermögenssphäre des Erklärenden los. Unrichtige individuelle Auffassung und Beurtheilung des äusseren Auftretens löst die normalen Vertragswirkungen von der Lebens- und Vermögenssphäre des Anerklärten los. In beiden Fällen entsteht eine *Interessenkollision*. Lässt man den Vertrag nach der individuellen Auffassung des Anerklärten ¹⁾ gelten, wird man den Erklärenden hart treffen. Annullirt man den Vertrag, so schädigt man den Anerklärten. Für die Lösung dieser Kollision muss ein Drittes ein Mittelweg gesucht werden. Diesen Mittelweg glaubt die herrrschende Lehre darin gefunden zu haben, dass man den Vertrag zwar nichtig erklärt, dem Anerklärten jedoch einen Schadensersatzanspruch auf das sg. *negative Vertragsinteresse* gewährt. Doppeltes kommt hierbei

¹⁾ Unrichtig daher Jhering Theorie über culpa in contrahendo Jb. f. Dogm. Bd. 4. S. 72. N. 78. „Der Richter hat nicht zu entscheiden, was war der wirkliche Sinn der Erklärung des Redenden, sondern wie musste ihn der Gegner nach den ihm vorliegenden Umständen sie auffassen. Auch Hölder Krit, Vierteljahrschrift Bd. 14 S. 575 der bloss dasjenige berücksichtigt wissen will, was der Destinatär der Erklärung aus dieser wirklich entnommen hat. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht zeigt sich am grellsten bei denjenigen Verträgen, welche mehrere Personen betreffen z. B. beim Uebergang auf die Erben, bei der Correalobligation, bei der Cession. Dann würde ein und derselbe Vertrag je nach der individuellen Auffassung der Betheiligten für jeden eine andere Bedeutung haben. Richtig Pfersche Irrthumslehre des oesterr. Privatr. S. 16.

in Frage, erstens der Umfang des negativen Vertragsinteresses, sodann Begründung des Anspruchs. Diese Theorie hat in Jhering und Eisele ihre scharfsinnigsten Vertreter gefunden. Durch Nichtigerklärung des Vertrags trifft den Anerklärten ein Schaden, welcher wenigstens darin, was er haben würde, wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen wäre, besteht. Dieser Schaden soll ihm ersetzt werden. Dieser Schaden besteht in Unkosten der Abschliessung und Ausführung des Vertrags (Zeitverlust, Aufwand an Mühe, Stempel zum Notariatsact, Verpackungs- und Versendungskosten, Vorkehrungen behufs Ausführung des Vertrags, Verwendungen auf die Sache¹⁾). Der wahre Schaden, der dem Anerklärten durch Nichtigerklärung des Vertrags zugefügt wird, liegt aber in der Differenz zwischen demjenigen, was er haben würde, wenn der Vertrag nicht abgeschlossen wäre, und demjenigen, was er erhalten hätte, wenn der Vertrag ordentlich erfüllt wäre (Erfüllung, Erfüllungsinteresse). Jhering gibt auch selber zu, dass sein negatives Vertragsinteresse in manchen Fällen sowohl *damnum emergens* als auch *lucrum cessans* umfasse. In welchen Fällen nur das eine, in welchen beides dem Anerklärten ersetzt werden soll, überlässt Jhering der Beurtheilung des Richters ohne dies abstract festzustellen. Aus den von ihm angegebenen Beispielen kann entnommen werden, dass bei den Verträgen auf Dienstleistung das negative Vertragsinteresse gewöhnlich dem Erfüllungsinteresse gleichkommt. Nach Unger wird dies gewöhnlich im kaufmännischen Verkehr der Fall sein. Andererseits aber kann sich das negative Vertragsinteresse auch höher als das Erfüllungsinteresse belaufen. Deshalb sieht sich Eisele gezwungen das negative Vertragsinteresse zu restringiren so, dass das letztere nur niedriger sein oder höchstens dem Erfüllungsinteresse gleichkommen soll, niemals aber die Höhe des letzteren übersteigen kann²⁾. Der grösste Fehler dieser Theorie ist die Unbestimmbarkeit der Höhe des Schadens. Die Bestimmung des negativen Vertragsinteresses wird dem freien Ermessen des Richters anheimgestellt ohne dem letzteren irgend welche Anhaltspunkte anzugeben. Soll

¹⁾ Jhering a. a. O. S. 20.

²⁾ Eisele a. a. O. S. 498. Das Erfüllungsinteresse bildet die obere Grenze, bis zu welcher das negative Vertragsinteresse zu praestiren ist.

sich der Richter an die Angaben des Anerklärten halten, so wird der letztere seinen Schaden möglichst hoch anschlagen und dem Richter sind keine objectiven Kriterien zur Beurtheilung des Schadens gegeben¹⁾. Wegen dieser Unbestimmbarkeit ist der Begriff des negativen Vertragsinteresses überhaupt ein zu wenig praktischer (Bähr J. f. D. XIV S. 422).

Gegen das negative Vertragsinteresse wurde insbesondere von Kohler²⁾ hervorgehoben, dass diese Theorie den Process unvermeidlich mache. „Wie sich die Situation gestaltet haben würde, wenn die Partei sich auf den Vertrag nicht verlassen hätte, lässt sich nicht feststellen“. Die Höhe des Schadensersatzes lässt sich bloss im Wege einer Verständigung zwischen beiden Parteien oder durch den Process bestimmen. Die Theorie vom negativen Vertragsinteresse drängt unbedingt zum Process. Das Recht verliert seine ideelle Macht und Kraft durch bloss Norm einen ethischen Zwang auf den Verpflichteten auszuüben. Sie hindert insbesondere die Processunlustigen an der Verfolgung ihres Rechts. Wird aber die Collision friedlich geschlichtet, dann entsteht oft die Gefahr, dass eine Partei von der Anderen überlistet wird. Auch enthält die Theorie vom negativen Vertragsinteresse eine gewisse Härte für den Erklärenden in dem Sinne, dass der Beweis des Schadens äusserst schwierig ist. Was ihm durch Festsetzung der Schadensersatzverpflichtung gegeben wird, das wird ihm durch Schwierigkeit des Beweises abgenommen. Wir pflichten also der Meinung Pfersche's vollkommen bei, wenn er in diesem Fall wenigstens die Umkehrung der Beweislast fordert. Die schwächste Seite dieser Theorie liegt aber gerade in diesen Fällen, wo das negative Vertragsinteresse dem Erfüllungsinteresse gleichkommt. Diese Coinzidenz vom negativen Vertragsinteresse und Erfüllungsinteresse wird gewöhnlich im kaufmännischen Verkehr³⁾ vorkommen, so dass

¹⁾ Vgl. Hartmann a. a. O. S. 20. Die Ermittlung dieses negativen Interesses ist mit solchen Schwierigkeiten verbunden, dass die Praxis nicht gewachsen ist.

²⁾ Ueber den Willen im Privatrecht Jahrb. f. Dogm. Bd. 28 S.

³⁾ Eisele a. a. O. S. 501. Unger a. a. O.

dem Kaufmann, welcher in der Annahme eines zu Stande gekommenen Vertrags getäuscht ist, ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zu billigen ist nicht bloss, wenn er die Coincidenz desselben mit dem negativen Vertragsinteresse nachweist, sondern schon dann, wenn er es verlangt. Sodann wird sich bei Verträgen auf Dienstleistung gewöhnlich das negat. Vertragsinteresse mit dem Erfüllungsinteresse decken z. B. ein Kutscher wird statt auf Mittwoch auf Montag gemiethet. Auf diese Fälle trifft die Theorie vom negat. Vertragsinteresse gar nicht zu. Im Gegentheil sie würde sogar geradezu unbillig sein.

Enneccerus (a. a. O. S. 88) befürchtet vor allem eine gewisse Härte für den Handelnden, weil er ein Gut, das er bereits hat, verlieren kann, während der Gegner nur ein erst erwartetes Gut nicht bekommt. In Bezug auf entgeltliche Verträge theilen wir diese Befürchtungen des genannten Schriftstellers durchaus nicht. Wo Leistung und Gegenleistung zusammentreffen, da ist vom Verlust des einen oder anderen Theils gar keine Rede. Es ist zu beachten, dass bei oekonomisch gesunden Verträgen die Leistung und Gegenleistung sich gegenseitig in Bezug auf den Werth Gleichgewicht halten und man kann nicht ohnehin an ein krasses Missverhältniss denken. Freilich kann eine Leistung für den Empfänger gar keinen Werth repraesentiren, wenn das Bedürfniss, welches das den Inhalt der Leistung bildende Gut zu decken bestimmt ist, für ihn nicht existirt, aber diesen subjectiven Werth vertritt ihm doch der Tauschwerth des geleisteten Gutes und der allgemeine Werthmesser: Geld. In dieser Beziehung müssen wir wohl zwischen Verträgen auf Sachleistung und Verträgen auf Dienstleistung unterscheiden. Sachen haben gewöhnlich einen Tauschwerth und können im Verkehr leicht auf den Ort ihrer Bestimmung gebracht werden. Dienstleistungen sind gewöhnlich auf persönliche Bedürfnisse berechnet und können nicht leicht in's Geld umgesetzt werden. Bei der Sachleistung wird man gewöhnlich durch Gültigkeit und Erfüllung des Vertrags keinen Schaden leiden, höchstens eine unbedeutende Werthdifferenz zwischen eigener Leistung und Gegenleistung der anderen Vertragspartei. Nehmen wir statt Gültigkeit und Erfüllung des Vertrags, Nichtigkeit desselben

und Schadensersatz auf das negative Vertragsinteresse und wollen nun betrachten, was für den Handelnden günstiger ist. Im Falle der Nichtigkeit braucht er seinerseits nicht zu erfüllen, hat auf Gegenleistung keinen Anspruch, ist jedoch verpflichtet, den Schaden zu ersetzen. Ist das negative Vertragsinteresse dem Erfüllungsinteresse gleich, dann trifft allerdings der Schadensersatz den Erklärenden härter als die Erfüllung des Vertrags im Falle der Giltigkeit, weil er im letzteren Fall wenigstens eine Gegenleistung also doch einen Werth bekommt. Aber auch in anderen Fällen, wo das negative Vertragsinteresse dem Erfüllungsinteresse nicht gleicht, ist die Erfüllung dann für ihn günstiger als der Schadensersatz, wenn die Werthdifferenz zwischen seiner Leistung und Gegenleistung des Gegenparts geringer als das negative Vertragsinteresse ist. Manchmal wird die Giltigkeit und Erfüllung des Vertrags für ihn sogar unbedingt günstiger sein, so wenn der Werth der Gegenleistung unterdessen im Verkehr gestiegen ist z. B. Getreide im Preise gestiegen. Da nun der Schadensersatz nur im Processe bestimmt werden kann und der Erklärende niemals im Vorhinein berechnen kann, was für ihn günstiger ist, Ungiltigkeit des Vertrags und Schadensersatz auf das negat. Vertragsinteresse oder Giltigkeit und Erfüllung, so wird er doch den bekannten oder leicht bestimmbaren¹⁾ Schaden wegen Werthdifferenz dem unsicheren und in Bezug auf seine Höhe unbekannten Schadensersatz vorziehen kurz er wird sich auf den Irrthum nicht berufen. Die Theorie vom Schadensersatz auf das negative Vertragsinteresse führt dazu, dass sie einem klug und vernünftig berechnenden Geschäftsmann die Möglichkeit der Geltendmachung seines Irrthums direct abschneidet. Aber auch bei Verträgen auf Dienstleistung, bei Bestellungen trifft die Theorie der Nichtigkeit des Vertrags und des Schadensersatzes

¹⁾ Die Höhe des negat. Vertragsinteresses hängt immer von dem Anerklärten ab und lässt sich niemals im Vorhinein bestimmen während im Falle der Erfüllung der Erklärende die Werthdifferenz zwischen eigener Leistung und der Gegenleistung des anderen Theils und den Schaden, den er dadurch leidet, leicht bestimmen kann.

auf das negat. Vertragsinteresse den Erklärenden doch härter, als die Giltigkeit und Erfüllung des Vertrags. Vor allem ist wohl zu merken, dass hier am meisten das negat. Vertragsinteresse die Höhe des Erfüllungsinteresses erreicht, dass also der Erklärende seinerseits alles leisten muss, während er von dem Gegenpart doch nichts bekommt. Ist das für ihn nicht ein unersetzlicher Schaden, wenn die Gegenleistung, wenn auch einen geringen Werth, repraesentirt?

Auch die Begründung des negativen Vertragsinteresses muss als misslungen angesehen werden. Ihering hält an dem römischen Schema Contract-Delict fest und führt den Grund des Schadensersatzanspruchs auf die Schuld zurück. Das legislative Moment für seine Theorie des Schadensersatzanspruchs auf das negat. Interesse findet Ihering nicht in bonafides des Erklärungsempfängers, sondern in der Verschuldung auf seiten des Erklärenden. „Das Gebot der contractlichen diligentia gilt wie für gewordene, so auch für werdende Contractsverhältnisse, eine Verletzung derselben begründet hier, wie dort die Contractsklage auf Schadensersatz. (S. 52). Diese culpa besteht darin, dass der Verkäufer contrahirt ohne die Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrags in seiner Person praestiren zu können, und durch den falschen Schein des Contracts den anderen Theil irre führt. (S. 40). Wer etwas verspricht, soll sich nicht irren, er irrt sich auf eigene nicht auf Kosten der Gegenpartei (S. 30). Die Ihering'sche culpa in contrahendo wird oft nur eine Fiction der culpa sein. Seine culpa ist oft nur ein Schatten derselben überhaupt. (Bähr Ueber Irrungen im Contrahiren J. f. D. XIV S. 417). Es ist Ihering nicht gelungen den Schadensersatz an das subjective Culpa-moment des Beschädigers anzuknüpfen. Ihering hat uebrigens seine Meinung selber zurückgenommen, indem er für den Schadensersatz das subjective Culpa-moment nicht mehr für ausschlaggebend erklärt, vielmehr für den Schadensersatz nach einer objectiven Fassung sucht und die Thatsache der Beschädigung durch Handlung oder Unterlassung eines Menschen als solche ohne Hinzutritt des subjectiven Culpa-moments in gewissen Fällen für genügenden Grund des Schadensersatzes betrachtet (Schuldmoment im röm. Recht S. 37.

u. N. 73). Diesen Gedanken hat Eisele ¹⁾ vertieft und ausgeführt. Auf dem Boden der herrschenden Lehre stehend hält dieser Schriftsteller an dem Erforderniss des Konsenses fest; gewährt aber dem Anerklärten eine Schadensersatzklage auf das negative Vertragsinteresse. Die Begründung der letzteren findet Eisele im allgemeinen Garantieprinzip der Rechtsordnung. Der Erklärungsempfänger darf sich auf das Zustandekommen des Vertrags verlassen und soll wenn er auf Grund dieser Annahme handelt keinen Schaden erleiden. Diese Schadenslosigkeit garantiert ihm die Rechtsordnung, indem sie dem Erklärenden die Verpflichtung zum Schadensersatz auferlegt. Diese Theorie hat den Vorzug, dass sie von jeder culpa absieht. „Dem Verkehrsinteresse“ sagt Eisele „wird nur dann gerecht, wenn der Erklärende abgesehen von jeder culpa geschützt wird“. Es genügt der Causalzusammenhang zwischen der Erklärung und dem Schaden, es reicht aus, wenn der Erklärende die Erklärung und den Schaden veranlasst hat. An Stelle der Theorie von culpa in contrahendo wird die Veranlassungstheorie gesetzt.

Eine objective Fassung gibt dieser Theorie auch Unger (Jahrb. f. Dogm. Bd. 30. S. 382) durch seine Theorie des „Handelns auf eigene Gefahr“. „Die Sicherheit des Verkehrs“ sagt Unger „fordert, dass der gutgläubige Empfänger einer Willenserklärung sich darauf verlassen können, dass dieselbe dem Willen des Erklärenden entspricht. Der Erklärende haftet nicht aus der Erklärung sondern wegen der Erklärung (d. h. nur auf Schadensersatz des negat. Vertragsinteresses). Wer irrt, hat die Folgen seines Irrthums selbst zu tragen und darf dieselben nicht auf die andere Partei überwälzen“. Gegenüber der Theorie von Culpa in contrahendo verdienen ohne Zweifel die beiden anderen dh. Eisele's Veranlassungstheorie und Unger's Theorie „des Handelns auf eigene Gefahr“ einen entschiedenen Vorzug. Der Culpa-Theorie liegt der Gedanke sehr nah den Schadensersatz nach dem Grad der culpa abzustufen und dem Schadensersatzanspruch auf das negat. Vertragsinteresse den Charakter einer Privatstrafe zu verleihen.

¹⁾ Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangel an Willensuebereinstimmung der Contrahenten Ib. f. Dogm. Bd. 25. S. 414—508.

Nach der heutzutage vorherrschenden letzteren Ansicht besteht wohl kein Zweifel darüber, dass auch der anomale Vertrag Wirkungen erzeugt und dass der nichtige Vertrag nicht mehr derjenige Vertrag ist, der überhaupt keine Wirkungen zu erzeugen vermag sondern ein Vertrag, der die normalen Vertragswirkungen dh. Erfüllung des Inhalts eines geschäftlichen Auftretens nicht hat. Streitig ist nur das „Wie“ dieser Wirkungen.

Trotzdem Unger betheuert, dass nur die Theorie vom negativen Vertragsinteresse gerecht ist, da sie einerseits den Irrenden nicht zu hart trifft, andererseits den Erklärungsempfänger entschädigt und dass sie unser Gerechtigkeitsgefühl befriedigt, finden wir diese Theorie dennoch zu wenig praktikabel, die Bestimmbarkeit des Schadens unsicher, vom freien Ermessen des Richters, ohne dem letzteren irgendwelche Anhaltspunkte anzuweisen, abhängig und für den Erklärungsempfänger zu hart. Auch wird durch diese Theorie den Verkehrsbedürfnissen nicht genügend gezollt. Zur Nichtigklärung des Vertrags reicht vollkommen aus, wenn der Erklärende seinen Irrthum bewiesen hat. Die Existenz und Höhe des Schadens hat der Anerklärte zu beweisen. Widerspricht es nicht dem von dieser Theorie anerkannten Prinzip des guten Glaubens, dem Anerklärten der auf Grund des objectiven äusseren Auftretens im vollen Rechte war das Zustandekommen des Vertrags anzunehmen und demgemäss zu handeln, trotzdem er nicht vollständige Genugthuung erhält noch die peinliche Beweisführung aufzubürden? Wir stimmen also der Ansicht Pfersche's¹⁾ vollkommen zu, wenn er für diese Theorie wenigstens die Umdrehung der Beweislast verlangt. Nicht der Anerklärte hat den Schaden zu beweisen, sondern dem Erklärenden liegt der Beweis ob, dass seinem Vertragsgenossen kein Schade oder nur ein unbedeutender erwachsen ist. Eine andere Frage ist aber, ob der Erklärende überhaupt im Stande ist diesen Beweis zu führen?

Als Correctiv der herrschenden Lehre wird die Theorie des negativen Vertragsinteresses jedoch von den berühmtesten Vertretern des Willensdogmas nicht eingehalten. Man

¹⁾ Irrthumslehre des oesterreichischen Privatrechts.

findet sie wenigstens für gewisse Rechtsverhältnisse ungenügend. Dabei wird bald auf das Verhalten des Erklärenden bald auf das gesteigerte Bedürfniss und bona fides des Verkehrs mehr Gewicht gelegt. In gehöriger Würdigung der Verkehrsbedürfnisse wird wenigstens für gewisse Verträge dem Erklärenden die Haftung aus der Erklärung und zwar auf den objectiven Inhalt derselben auferlegt.

Sogar Eisele¹⁾, dessen Begründung der Theorie vom negativen Vertragsinteresse als die vorherrschende und am meisten befriedigende mit vollem Recht angesehen werden darf, findet seine Theorie für gewisse Fälle unbefriedigend und lässt von dem herrschenden Willensdogma directe Ausnahmen zu. So ist nach seiner Ansicht die Berufung auf den inneren Willen dann unstatthaft, wenn die Berufung als solche (nicht aber erst ihre Berücksichtigung) „schon kraft dessen, was der die Frage Stellende dabei von sich behauptet mit der bona fides in Widerspruch treten würde“. Er schliesst insbesondere die Berufung bei der Mentalresevervation aus, ferner im Fall der Unterschrift einer Urkunde ohne Kenntniss des Inhalts, im Fall des Kontrahirens ohne Kenntniss der Bedingungen bei einer Versteigerung. In diesen Fällen ist die Berufung ausgeschlossen, weil der Handelnde schon dadurch, dass er sich auf seinen inneren Willen beruft, der bona fides zuwiderhandelt. Freilich zweifelt Eisele, als ob in diesen Fällen von Verträgen die Rede sein könne; dass die Gesetze dennoch trotz Consensmangel vom Vertrag sprechen, sei nur „indirecte Wirkung davon, dass der sich auf Consensmangel Berufende mit seinem Vorbringen nicht gehört wird“ (S. 442). Es steht also dem Richter frei von Fall zu Fall den Beweis des Consensmangels und die Berufung abzuweisen und infolgedessen den Vertrag als bestehend anzusehen.

Dadurch wird nur der Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis herbeigeführt. Rein theoretisch ist der Vertrag nichtig, aber in der Praxis soll ihn der Richter als einen giltigen behandeln. Unterscheidet man die Sphäre der Existenz der Rechte und diejenige der Verwirklichung derselben, so müssen sich beide Sphären vollständig decken. Dasjenige, was zu Recht

¹⁾ a. a. O. S. 434.

besteht, muss auch verwirklicht werden, andererseits darf nur dasjenige verwirklicht werden, was zu Recht besteht. Es dürfen also die Unzukömmlichkeiten der Theorie durch eine abweichende Verwirklichung nicht beseitigt werden. Für die genannten Fälle den Vertrag zu negiren ist nicht geboten, da die Frage nicht dahin geht, ob die uebereinstimmenden Vertragserklärungen als Thatbestand gewisser rechtlichen Wirkungen auch beim Consensmangel als Vertrag bezeichnet werden können, sondern es handelt sich vor allem darum, ob die in diesem Thatbestand ausgedrückten Rechtsfolgen eintreten sollen oder nicht.

Uebrigens ist nicht einzusehen, wie sonst der Thatbestand zu benennen wäre. Wenn die Rechtsordnung auch beim Consensmangel vom Vertrag spricht, so muss untersucht werden, was eben diese Rechtsordnung unter Vertrag versteht.

Eisele bestimmt den Begriff ausserhalb des positiven Rechts und bringt ihn in das positive Recht hinein.

Auf diese Weise haben wir Verträge, bei denen der Consens ein Thatbestandsmoment ist, andeserseits aber auch Verträge, bei welchen vom Consens ganz abgesehen wird. Es wird mithin zu Gunsten der Erklärungstheorie directe Ausnahme vom Willensdogma statuiert.

Die herrschende Lehre behandelt vor allem den schriftlichen Vertrag anders als den mündlichen. Hat jemand eine Urkunde unterschrieben ohne sie gelesen zu haben, so haftet er auf Erfüllung. Das Nichtwissen oder Falschwissen in Bezug auf den Inhalt der Urkunde afficirt den schriftlichen Vertrag nicht. Dies gilt auch für den Fall, wenn der Unterfertiger nur in einem Punkte sich geirrt hat. Denn zwischen dem Nichtwissen oder Falschwissen in Bezug auf den gesamten Vertragsinhalt und dem Nichtwissen oder Falschwissen in Bezug auf einen Punct existirt nur ein quantitativer Unterschied. In dem einen wie in dem anderen Fall wird der Zusammenhang der Vertragswirkungen von den Lebensverhältnissen des Handelnden losgelöst; in dem einen Fall wie in dem andern handelt es sich um den Schutz des Verkehrs, um berechtigete Annahme und bona fides des Vertragsgenossen.

Es fehlt zwar nicht an Versuchen, diese Ausnahme mit dem Willensdogma in Einklang zu bringen: diese Versuche dürfen jedoch als misslungen angesehen werden. Zitelmann wendet hier seine Kategorie „der unbestimmten Absicht“ an, Windscheid operirt mit seiner Culpa-Theorie. Dieser letztere Schriftsteller rechnet dem Unterfertigten grobe Nachlässigkeit zu, weil er die Urkunde unterschrieben hat ohne sie gelesen zu haben. Die „unbestimmte Absicht“ ist jedoch nur eine Fiktion des Willens. Die Nachlässigkeit begründet die Erfüllungspflicht nicht, weil es sich überhaupt nicht um Ahndung des Erklärenden, sondern um den Schutz des Verkehrs handelt. Nach Windscheid's Lehre müsste der Erklärende für seine culpa schlechthin haften dh. auch dann, wenn der Irrthum seinem Vertragsgenossen erkennbar war, wenn die dolos oder culpos herbeigeführte Divergenz zwischen dem inneren Willen und dem äusseren Auftreten aus dem Inhalt der Urkunde zu ersehen ist.

Soll nun der schriftliche Vertrag trotz Irrthum gültig sein, dann ist kein Grund vorhanden, warum der mündliche Vertrag anders behandelt werden sollte und warum das Verkehrsbedürfniss bei dem schriftlichen Vertrag grösser sein soll als bei dem mündlichen.

Die Praxis unterscheidet, ob der Unterzeichner über den Inhalt der Urkunde getäuscht wurde oder dieselbe nicht gelesen habe; nur im ersteren Fall darf er sich auf seinen Irrthum berufen (Seuffert Archiv. Bd. VII. N. F. Nr. 288.). Wenn die herrschende Lehre den Vertrag bei einer Versteigerung oder mit einer öffentlichen Anstalt trotz Irrthums über Bedingungen für gültig ansieht, so sieht sie sich zu dieser Concession durch das gesteigerte Bedürfniss des Schutzes des gutgläubigen Verkehrs gezwungen.

Ganz isolirt steht Pernice¹⁾, der auch in Fällen des Abirrens (Versprechen, Verschreiben, Vergreifen), den Irrenden auf Erfüllung haften lässt.

Nach Windscheid's Theorie welche auch die des Entwurfs eines bürgerl. Gb. für das deutsche Reich ist, er-

¹⁾ Zur Lehre vom Rechtsgeschäft Goldschmidt's Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 25.

leidet die herrschende Willenstheorie wichtige Ausnahmen für diejenigen Fälle, wo der Erklärende die Divergenz zwischen dem Willen und der Willenserklärung doloser Weise herbeigeführt oder sich dabei grobe Nachlässigkeit (*culpa lata*) zu Schulden kommen lassen hat. Diese Theorie hat einen ernsten und u. E. ganz gerechtfertigten Widerspruch erfahren. Sie berücksichtigt ausschliesslich das Interesse des Irrenden und leidet an derselben Einseitigkeit wie die ganze Willenstheorie. Vergleichen wir diese Fälle mit anderen Fällen der Divergenz zwischen dem Willen und der Willenserklärung, so unterscheiden sie sich bloss in dem Punkte, dass hier der Irrende durch sein inkorrektes Benehmen sich des rechtlichen Schutzes unwürdig gemacht hat. Windscheid geht also von der Auffassung aus, dass der Irrende von der Rechtsordnung geschützt werden soll, eines solchen Schutzes dennoch verlustig wird, wenn sein inkorrektes Benehmen diese Wohlthat nicht verdient. Hier finden wir also ein Element der Privatstrafe. Das Rechtsgeschäft besteht zu Kraft nicht um des Schutzes des gutgläubigen Verkehrs willen, sondern um den Irrenden zu ahnden und zu strafen¹⁾. Windscheid sieht sich zu den Concessionen zu Gunsten der Erklärungstheorie durch eine eigenthümliche Behandlung der Mentalreservation im römischen Recht veranlasst. Dass Windscheid die Ausnahme auch auf die Fälle der groben Nachlässigkeit erweitert, dies geschieht nicht aus prinzipiellen Gründen, sondern aus dem rein äusserlichen Grunde, weil das römische Recht die *culpa lata* dem *dolus* gleichstellt.

¹⁾ Insbesondere Enneccerus a. a. O. „Das Interesse des Getäuschten soll gesichert werden, ohne jede Rücksicht auf das Interesse des Täuschenden, weil sich dieser durch Täuschung jeder Berücksichtigung unwürdig gemacht hat.“

Vgl. Pfizer a. a. O. S. 129.

Schuld und Irrthum sind inkommensurable Grössen, wenn wir auf beide die Ausdrücke gross und klein, schwer und leicht, anwenden. Grösse oder Schwere des Irrthums können wir nach dem Mass bestimmen, in dem er sich von der Wahrheit entfernt.

S. 139. Der Irrthum muss um so mehr Berücksichtigung finden, je stärker der von den Sinnen auf den Geist geübte psychologische Zwang war.

Diese Theorie entspricht weder dem Interesse des Erklärenden noch dem des Anerklärten. Denn soll das anormale geschäftliche Auftreten deshalb die ihm sonst eigenthümlichen Rechtsfolgen nicht erzeugen, weil es den Zusammenhang dieser Rechtsfolgen mit den Interessen und Bedürfnissen des Erklärenden loslöst, so liegt dieser Grund im Falle der *dolos* oder *culpos* bewirkten Anomalie nicht minder vor, wie im Falle der zufällig entstandenen Anomalie. Andererseits entspricht dies auch dem Interesse des Anerklärten nicht. Denn verdient er den rechtlichen Schutz, weil er sich auf das Zustandekommen des Vertrags verlassen hat und im guten Glauben darnach gehandelt hat, so verdient er es nicht nur im Falle der zufällig sondern auch bei der *culpos* oder *dolos* bewirkten Anomalie. Nach dieser Theorie ist der Schutz des gutgläubigen Mitkontrahenten nur Consequenz der Strafe des Erklärenden.

Die Rechtsordnung ertheilt oder entzieht ihren Schutz nicht, um die Rechtsunterthanen für ihr *correctes* oder *incorrectes* Benehmen zu loben resp. zu ahnden, sondern sie thut dies, um schutzwürdige Interessen derselben zu fördern.

Das Verschulden kann ferner bloss einen Schadensersatzanspruch begründen, niemals aber kann es einen Vertrag konstituieren ¹⁾.

Das Gebiet der Ausnahmen vom Willensdogma umfasst.

- 1) Die Mentalreservation und zwar unbestritten.
- 2) Verträge mit einer öffentlichen Anstalt, oder bei einer Versteigerung.
- 3) Schriftliche Verträge.
- 4) Nach Pernice die Fälle des Abirrens.
- 5) Nach Windscheid's Theorie Verträge, bei welchen die Divergenz zwischen dem Willen und der Erklärung durch *dolus* oder *culpa lata* des Erklärenden herbeigeführt wurde.

¹⁾ Vgl. Pernice a. a. O. S. 140. „Das Rechtsgeschäft wäre nun anzugreifen auf Grund eines entschuldbaren Irrthums. Nicht wegen der *culpa lata* wird der Vertrag aufrechterhalten, sondern wegen der *culpa lata* kann er nicht umgestossen werden.

6) Für andere Verträge soll die Theorie vom negativen Vertragsinteresse den Verkehrsinteressen gerecht sein.

Andere Fälle wie Widerruf und Einschränkung der Vollmacht gehören zur Stellvertretungslehre. Bei dem anomalen Vertrag handelt sich um Entscheidung der Interessen beider Contrahenten, von denen jeder gleichen Anspruch auf die Förderung und Verwirklichung seiner Privatautonomie hat. Diese Entscheidung kann weder zum ausschliesslichen Vortheil des Erlärenden noch zu demjenigen des Anerklärten ausfallen. Sie muss den Mittelweg wählen. Die Vertragswirkungen können weder den subjectiv-oekonomischen Standpunkt des einen noch den des anderen zur Richtschnur haben. Wir glauben nachgewiesen zu haben, dass der Versuch die Kollision durch Theorie vom negativen Vertragsinteresse zu lösen als misslungen angesehen werden darf.

Den allein richtigen Mittelweg nimmt die Erklärungstheorie¹⁾. Sie nimmt das geschäftliche Auftreten weder in demjenigen Sinn, den der Erklärende auszudrücken beabsichtigte, noch in demjenigen, welchen der Erklärungsempfänger herausgelesen hat, sondern in dem objectiven Sinne, welcher diesem äusseren Auftreten jeder objective Beobachter und Interpret, jeder unvoreingenommene und unbefangene Dritte nach der Auffassung des gesellschaftlichen Lebens beizulegen pflegt.

Während die herrschende Lehre mehr Gewicht auf den inneren Willen legt, gibt die Erklärungstheorie dem Willen in seiner Erscheinung und Verkörperung im gesellschaftlichen Leben eine entschiedene Praeponderanz. Wie Gegenstände der uns umgebenden Natur nur in so ferne zu unse-

¹⁾ Hier gehören Bähr Irrungen im Contrahiren Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. XIV. Kohler Ueber den Willen im Privatrecht ebd. Bd. 28. S. 166—236. und Studien ueber Mentalreservation und Simulation ebd. Bd. XVI. S. 325—356 vor allen der geistreiche Jurist Hartmann in seinen Abhandlungen: Wort und Wille im Rechtsverkehr Jb. f. Dogm. 20. S. 1—76 — Werk und Wille beim stillschweig. Consens, in Archiv für civilist. Praxis Bd. 63. S. 72—112 — Grundprinzipien der Praxis des Englisch-Amerikanischen Vertragsrechts gegenüber der Deutschen gemeinrechtlichen Vertragsdoctrin in Archiv f. civilist. Praxis Bh. 77. S. 161—242. Piniński Thatbestand des Sachbesitzerwrebes Bd. II.

rer Erkenntniss gelangen als sie uns erscheinen, ebenso sind wir fremden Willens nur dann Meister und können auf Grund desselben handeln, wenn uns dieser Wille in gewissen fassbaren Formen erscheint. Und wie die Gegenstände der Natur nur nach Massgabe ihrer Erscheinung auf uns einwirken, ebenso erzeugt im gesellschaftlichen Leben nur der zum Ausdruck gelangte Wille gewissen Erfolg und die Rechtsordnung soll diesen letzteren zur Richtschnur und Massstab für die Rechtsfolgen nehmen. Unrichtig ist daher die Behauptung (Eisele a. a. O. S. 468), als ob die Erklärungstheorie dem Wort ohne Willen ohne Weiters Rechtswirkung beilege; auch diese Auffassung knüpft Rechtswirkung an den zum Ausdruck gelangten Willen jedoch nicht auf den subjectiven inneren Willen des Handelnden sondern an einen typischen Willen dh. einen solchen Willen, den jeder objective Beobachter als Ursache und begleitendes Moment einer vernünftigen und zweckbewussten Handlung zu unterlegen pflegt. Worten als solchen kann keine Bedeutung beigelegt werden; Worte im Zusammenhang bilden einen Satz, drücken einen Gedanken aus und dieser stellt sich als ein Wunsch dh. als in Worten oder Geberden ausgedrücktes und in's Stadium der Realisirung übergehendes Streben nach Befriedigung irgend eines menschlichen Bedürfnisses. Die Momente für die Bestimmung des rechtsgeschäftlichen Willens sind nicht in der Seele des Erklärenden ¹⁾ zu suchen, sondern ausserhalb des handelnden Subjects in dem Eindruck, welchen die kon-

¹⁾ Piniński Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II. S. 290. S. 319. Nach der Ansicht dieses Schriftstellers wird der rechtsgeschäftliche Wille aus dem äusseren Benehmen unter Berücksichtigung aller begleitenden Umstände auf Grund der gemeinen Lebensanschauung und der denselben entsprechenden Interpretationsregeln erschlossen. Dieser Schluss sei nur ein Wahrscheinlichkeitsschluss. Das Recht begnügt sich aber mit dieser Wahrscheinlichkeit, nimmt die Wahrscheinlichkeit für die Wirklichkeit. Piniński gibt aber keinen Grund an, warum die Rechtsordnung mit der Wahrscheinlichkeit sich begnügen soll. Denn nach reiner Logik, soll sich das Recht mit der Wahrscheinlichkeit nur so lange begnügen, als es sich nicht genügende Sicherheit verschafft. Sobald es feststeht, dass die äussere Handlung dem inneren Willen widerspricht, ist nach reiner Logik für die Wahrscheinlichkeit kein Raum. Die letztere muss vielmehr besonders gerechtfertigt werden.

krete Erscheinung dieses Willens, seine Verkörperung in Worten oder Zeichen auf einen durchschnittlichen Menschen macht. Eruirt wird der Wille des Erklärenden nicht in dessen individualistischer Auffassung, sondern in der Bedeutung, wie sie demselben im gesellschaftlichen Leben zukommt und wie er jedem unbefangenen Beobachter in seiner konkreten Form erscheint. Als rechtsgeschäftlicher Wille gilt nicht dasjenige, was der Erklärende will, sondern was einem durchschnittlichen Menschen als von ihm gewollt erscheint¹⁾. Daher darf diese Auffassung mit ebensowenig Fug und Recht als eine materialistische²⁾, wie die herrschende Lehre als eine spiritualistische bezeichnet werden. Wir möchten eher die Bezeichnung „eine objectivistische Auffassung“ anwenden.

Die Rechtsordnung muss einen objectiven Massstab an die Lebensverhältnisse und Lebenserscheinungen anlegen. Sie muss dem Richter die Mittel geben ein Lebensverhältniss ganz selbständig und objectiv beurtheilen zu können. Alles was verborgen bleibt, was nicht sofort auf der Hand liegt und für jeden unbefangenen Dritten nicht erkennbar ist, darf als Massstab für die Normirung der Lebens- und Rechtsverhältnisse nicht angewendet werden. Die Frage nach der Berücksichtigung dieser Umstände muss bei der Anlage des Massstabs für die Normirung in den Hintergrund treten.

Die Rechtsordnung stellt sich zu der Willenserklärung auf den Standpunkt eines objectiven Beobachters. Sie nimmt zur Grundlage ihrer Norm bloss das Typische, das Durchschnittliche, nicht das einem konkreten Fall Eigenthümliche, Individuelle. Für sie hat die Willenserklärung denjenigen Sinn, welchen dieselbe in abstracto zu haben pflegt. Nicht als Willenserklärung eines bestimmten A. sondern als Willenserklärung eines jeden, der eine derartige typische Willenserklärung abgibt, kommt sie in Betracht und nur dieser Sinn wird derselben zu Grunde gelegt. Wenn es nur in un-

¹⁾ Vgl. Piniński Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II. S. 301, 314 350, u. a. Pfersche Irrthumslehre des oester. Privatrechts.

²⁾ Regelsberger Erörterungen S. 406. Eisele a. a. O. S. 468.

serer Natur liegt, dass wir einer jeden menschlichen Handlung einen vernünftigen Willen und einen vernünftigen Zweck supponiren, und dass wir nur um dieses Willens oder Zwecks willen Rechtsverhältnisse normirt haben wollen, so kommt nur, aber auch immer, derjenige Wille und Zweck in Betracht, den wir einer jeden derartigen typischen Handlung zu unterstellen pflegen, in Betracht. Auch die Umstände müssen berücksichtigt werden aber nur diejenigen, unter welchen nach den Lebensanschauungen derartige Rechtsgeschäfte abgeschlossen zu werden pflegen dh. nur typische Umstände. Das Individuelle kommt als Thatbestand nicht in Betracht. Als Massstab für die Normirung der Rechtsverhältnisse in thesi dienen der Rechtsordnung: typischer Wille und Zweck und typische, durchschnittliche Umstände.

Dadurch wird keineswegs negirt, als ob die individuellen Momente ganz ausser Betracht kommen sollen. Sie können aber niemals zur Richtschnur für die Normirung der Rechtsverhältnisse dienen. Die Berücksichtigung der letzteren hängt von zwei Umständen ab, erstens davon ob sie zum Vorschein kommen, was allerdings der freien Disposition des Individuums anheim gestellt werden muss, zweitens davon, ob sie überhaupt berücksichtigungswürdig ¹⁾ sind. Ihre Berücksichtigung wird von gewissen Voraussetzungen, von den Bedürfnissen des Verkehrs abhängig gemacht.

Sobald das Individuelle in den Thatbestand hineingeht ²⁾, dann ist die Spaltung zwischen der Existenz- und Verwirklichungssphäre des Rechts fertig da. Es kann vor-

¹⁾ Treffend Piniński nennt den berücksichtigungswürdigen Irrthum „error probabilis“. Nach der Ansicht dieses Schriftstellers hängt die Berücksichtigung des Irrthums von seiner Probabilität ab.

²⁾ Unrichtig auch Hartmann Jb. f. D. 20. S. 53. Dieser Schriftsteller behauptet, es müsse „auf Grund der vorliegenden Anhaltspunkte und unter individueller Würdigung des Falls mit allen begleitenden Umständen der objective Sinn gefunden werden, welchen beide Parteien als für sie entscheidend gelten zu lassen“. Treffend Pfersche Irrthumslehre des oest. Privatr. S. 16. „Eine abweichende subjective Auffassung des Erklärenden kann nur unter bestimmten Umständen nur im Wege der Bestreitung der objectiven giltigen Erklärung und nur auf den vom Bestreitenden zu liefernden Beweis hin zur Geltung gebracht werden“.

kommen, dass dieses Individuelle nicht an's Licht gebracht wird, dass es verborgen bleibt, dann besteht das Rechtsgeschäft als solches nicht, wird aber in der Verwirklichungssphäre als ein bestehendes behandelt.

Wird es aber durch einen anderen, als das berechnigte Individuum vorgebracht und bewiesen, so muss es auch gegen den Willen des letzteren berücksichtigt werden, obschon die Berücksichtigung seinem subjectiv-oekonomischen Standpunkt widerspricht.

Sobald man Uebereinstimmung der Erklärung mit dem inneren Willen als Thatbestandsmoment betrachtet, muss man consequent auch das konkrete Verstandensein auf Seiten des Destinatärs zum Thatbestandsmoment erheben. Bekanntlich erfordert Zitelmann das konkrete Verstandensein gar nicht, sondern lediglich das objective Verständlichsein der Willenserklärung, indem er dem ersteren nur die Bedeutung eines Beweismoments zuerkennt. Dies führt wiederum zu einer Spaltung zwischen der Existenz- und Verwirklichungssphäre der Rechte. Beweismomente müssen nothwendig auch für den Thatbestand erheblich sein, es muss den letzteren die Bedeutung positiver oder negativer Thatbestandsmomente beigelegt werden. Denn gewiss muss dasjenige, was für die factische Realisirbarkeit der Rechtswirkung erheblich ist, auch für den Thatbestand, an welchen diese Rechtswirkung angeknüpft wird, irgend welche Bedeutung haben. Sodann muss man den Erklärenden ebenso wie den Destinatär der Willenserklärung gleichmässig behandeln also entweder individuelle Momente beider zu Thatbestandsmomenten erheben oder zu blossen Beweismomenten degradiren. Wenn aber das konkrete Verstandensein, individuelle Auffassung auf Seiten des Destinatärs nur ein Hinderniss für die Realisirbarkeit der Rechtswirkung sein soll, so frage ich, warum soll der abweichende innere Wille des Erklärenden auch nicht ebenso nur ein Hinderniss für die Realisirbarkeit der Rechtswirkung sein, ein blosses Beweismoment im Sinne Zitelmann's? Ob der innere Wille als Thatbestandsmoment oder als Beweismoment, als Bedingung für die Realisirbarkeit der Rechtswirkung behandelt werden soll, dies ist reine Frage der juristischen Technik. Blosser Thatbestandsmomente oder blosser

Beweismomente sind ein juristisches Unding, es muss nothwendig alles, was zum Thatbestand gehört, auch Beweismoment sein und umgekehrt.

Wir haben bereits erwähnt, dass es mit Rücksicht auf die juristische Technik entsprechender ist, den inneren, abweichenden Willen ebenso wie die abweichende, individuelle Auffassung eher als Hindernisse der normalen Vertragswirkung zu behandeln. Dass durch diese Behandlung die so eifrig verfochtene Privatautonomie auf irgendwelche Weise geschmälert werden sollte, ist nicht einzusehen. Der Vorthail einer solchen technischen Behandlung ist der, dass diese Behandlungsweise ebenso für die Erklärungstheorie als auch für die Willenstheorie passt. Denn einerseits muss die Willenstheorie an dem objectiven Sinn der Willenserklärung festhalten, bis die abweichenden individuellen Willensmomente entweder überhaupt (absolute Nichtigkeit) oder durch das dispositionsberechtigte Subject (relative Nichtigkeit) geltend gemacht werden. Andererseits kann auch die Erklärungstheorie nicht extrem durchgeführt werden; es müssen vielmehr auch hier die abweichenden Willensmomente freilich nur unter gewissen Voraussetzungen geltendgemacht werden. Der Unterschied wäre nun der, dass nach dem Willensdogma die abweichenden Willensmomente immer hindernd und aufhebend wirken, während die Erklärungstheorie den letzteren diese Wirkung nur unter gewissen Voraussetzungen ertheilt.

Hervorzuheben ist vor allem, dass auch die eifrigsten Anhänger der Willenstheorie immer mehr zur relativen Nichtigkeit hinneigen ¹⁾ Denn gewiss verlangt die Wahrung der Privatautonomie, der subjectiv-oekonomische Standpunkt des Erklärenden, dass über den Zusammenhang der Rechtswirkung mit seinen Lebensverhältnissen nur er allein entscheide. Nun unterscheidet sich die relative Nichtigkeit gar nicht von der Anfechtbarkeit und es ist Mitteis vollkommen beizustimmen, wenn er es sogar für logisch correcter erachtet, in Fällen der sg. relativen Nichtigkeit nur von der Anfechtbarkeit zu sprechen ²⁾.

¹⁾ Unger, Mitteis, Pfersche.

²⁾ Mitteis zur Lehre von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte Ib. f. D. Bd. 28. S. 113.

Dann besteht aber zwischen der Willenstheorie und der Erklärungstheorie in Bezug auf die juristische Technik kein Unterschied. Der letztere liegt, wie gesagt, darin, dass der angefochtene Vertrag nach der Willenstheorie immer aufgehoben wird, nach der Erklärungstheorie die Aufhebung von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Vom Standpunkte der juristischen Technik ist die Erklärungstheorie allerdings correcter — die Willenstheorie ist zu complicirt — es müssen einerseits Ausnahmen von dem Prinzip zugelassen und die Berufung auf den inneren Willen ausgeschlossen werden, andererseits wird der angefochtene Vertrag annullirt, aber dem gutgläubigen Vertragsgenossen ein Schadensersatzanspruch auf das neg. Vertragsinteresse (wenn sein Benehmen ganz korrekt ist) gewährt. Aber auch in Bezug auf die soziologische Frage verdient die Erklärungstheorie einen entschiedenen Vorrang. Nur sie ist im Stande die Bedürfnisse des Verkehrs zu befriedigen.

Sicherheit und bona fides des Verkehrs verlangen, dass sich der Destinatär der Willenserklärung auf das Zustandekommen des Vertrags müsse verlassen dürfen. Die Rechtsordnung knüpft an den Vertrag Rechtswirkungen nicht um der Willensmacht zu fröhnen, sondern um die Interessen der Kontrahenten zu fördern. Die Bedürfnisse des Verkehrs verlangen, dass die Interessenkollision zu Gunsten des gutgläubigen Erklärungsempfängers entschieden werde. Nur auf diese Weise kann die Sicherheit und Einfachheit, Erleichterung des Verkehrs zugleich erzielt werden. Bei entgegengesetztem Prinzip müsste ein klug und vernünftig berechnender Geschäftsmann sich erst Sicherheit verschaffen, dass die Willenserklärung wirklich dem inneren Willen des Erklärenden entspreche.

Die berechtigten Bedürfnisse des Verkehrs vermag die Rechtsordnung nur dann zu befriedigen, wenn sie den gesellschaftlichen Erfolg, den das gesammte geschäftliche Auftreten nach Durchschnittsregeln erzeugt, zum Massstab für die Rechtsfolgen nimmt. Dieser Erfolg beschränkt sich nicht auf die Annahme, das Vertrauen des Anerklärten. Das Vertrauen ist nicht der einzige gesellschaftliche Erfolg. Der weitere Erfolg ist das Handeln auf Grund dieser Annahme, vermögensrechtliche Dispositionen und Veränderungen in der Vermögens-

und Lebensphäre des Anerklärten. Massgebend ist jedoch nicht der gesellschaftliche Erfolg, den das geschäftliche Auftreten in einem konkreten Fall erzeugt hat, sondern ein Erfolg, den nach Durchschnittsmassstabe ein solches Auftreten zu erzeugen pflegt¹⁾. Nicht darum handelt es sich, auf was sich der Anerklärte verlassen hat, sondern auf was er sich verlassen darf. Ueber das letztere entscheiden die „Lebensregeln“, der objective Sinn der Erklärung.

In der u. E. korrekteren Formulirung der herrschenden Willenstheorie soll der vom geschäftlichen äusseren Auftreten abweichende innere Wille als negatives Thatbestandsmoment behandelt und im Wege der Anfechtung oder Berufung geltendgemacht werden. Der Unterschied der Willenstheorie von der Erklärungstheorie würde in den Wirkungen bestehen. Nach der Willenstheorie müsste der Irrende seinen abweichenden Willen beweisen und dann müsste der Vertrag immer aufgehoben werden, nach der Erklärungstheorie würde der Beweis des abweichenden, inneren Willens nicht ausreichen, es müssten noch die Voraussetzungen, unter welchen diese Theorie die Berufung zulässt, bewiesen werden. Nach der Willenstheorie müsste Aufhebung des Vertrags schlechthin erfolgen; nach der Erklärungstheorie nur unter näher bestimmten und vom Berufenden zu beweisenden Voraussetzungen.

Auch fehlt es beiden Theorien an einer gemeinschaftlichen Voraussetzung nicht, unter welcher die Berufung auf den abweichenden inneren Willen Aufhebung des Vertrags zur Folge hat. Dies ist Wesentlichkeit des Irrthums. Wann der Irrthum wesentlich ist, lässt sich nicht abstract bestimmen. Eine steife Chablone kann nicht aufgestellt werden. Wesentlich ist der Irrthum über jeden Umstand, der für den subjectiv-oekonomischen Standpunkt des Erklärenden besonders wichtig ist.

¹⁾ Einen Kern der Wahrheit enthält Kohler's Formulirung, wonach der rechtsgeschäftliche Wille auf Hervorrufung eines Geisteseffectes (Action von Geist zu Geist) gerichtet ist, weil der letztere der primitivste gesellschaftliche Erfolg ist. Aber die rechtlichen Wirkungen bestimmen sich weder nach dem gewollten noch nach dem bewirkten Geisteseffect, sondern nach demjenigen, den diese Willensäusserung in jedem durchschnittlichen Menschen hervorzurufen pflegt.

Darüber zu urtheilen ist jedoch nur der Irrende berechtigt, nur er kann seiner Interessen Meister sein ¹⁾. Wenn wir uns auf diesen rein individualistischen und subjectivistischen Standpunkt stellen, wenn wir davon ausgehen, dass der Irrthum bereits dann wesentlich ist, wenn der Irrende ihn für einen solchen hält, dann würde jeder Irrthum, auf den sich der Erklärende beruft, wesentlich sein, denn in der Berufung ist eben das Urtheil des Irrenden über die Erheblichkeit des mit Irrthum behafteten Umstands enthalten. Dagegen erhebt sich ein doppeltes Bedenken. Würde die Wesentlichkeit des Irrthums ausschliesslich von subjectiver Beurtheilung des Handelnden abhängig, dann könnte der Irrende sich auf den Irrthum auch dann berufen und seine Wesentlichkeit hervorheben, wenn der Vertrag erst wegen der dem Abschluss nachfolgenden Umstände mit seinen Lebens- und Vermögensverhältnissen ausser Zusammenhang kommt. Dann aber könnte es von einer, „Sicherung des ursprünglichen Zweckes gegen den nachtheiligen Einfluss einer späteren Interessenverschiebung oder veränderten Interessenbeurtheilung in der Person des einen Theils oder rechtlichen Einflusslosigkeit der Interessenänderung“ gar nicht mehr die Rede sein.

Sodann wird der Irrthum deshalb wesentlich, weil er bestimmend wirkt, weil der Irrende gar nicht oder doch nicht in der Weise kontrahirt haben würde, wenn er sich nicht im Irrthum befunden hätte, so ist andererseits hervorzuheben, dass vielleicht auch der andere Kontrahent gar nicht kontrahirt haben würde, wenn er gewusst hätte, dass dem Gegen-

¹⁾ Vgl. Burckhard System des oesterr. Privatrechts II. S. 286. 291. „Nur jener Irrthum kann für die Hintanhaltung oder Behebung der an eine Handlung als Rechtsgeschäft geknüpften Wirkungen entscheidend werden, der entscheidend war für die Setzung dieser Handlung, so dass ohne diesen Irrthum diese Handlung nicht gesetzt worden wäre“. Auch Piniński Thatbestand des Sachbesitzerwerbs. II. S. 477. „Ueber die Wesentlichkeit eines Umstands entscheidet individuelle Auffassung des Erklärenden“. Dieser Schriftsteller schwächt aber die individuelle Auffassung wesentlich ab, indem er die Wesentlichkeit des Irrthums von seiner Probabilität abhängig macht, für „probabilis“ denjenigen Irrthum betrachtet, dessen Vorhandensein und Erheblichkeit als Glauben verdienend erscheint. Ob die Erheblichkeit des Irrthums Glauben verdient, darüber entscheidet die Regel des Lebens und ausdrückliche Erklärung.

theil auf diesen Umstand besonders ankomme und dass er sich darüber im Irrthum befinde.

Es müssen irrgendwelche Kriterien aufgefunden werden, die einerseits die Situation, zur Zeit des Vertragsabschlusses erhellen und festhalten, andererseits dem Mitkontrahenten die Erheblichkeit des Irrthums erkennbar machen würden. Dies sind: 1) ausdrückliche Erklärung des Irrenden, dass ihm an der Richtigkeit eines Umstands viel liege 2) Anschauungen des gesellschaftlichen Lebens, Verkehrsregeln, die darüber aufklären, dass ein Umstand bestimmend wirkt und den Schluss zu ziehen gestatten, dass die Richtigkeit dieses Umstands auch im vorliegenden Falle bestimmend gewirkt hat.

Beides erkennt unser bürgerl. Gb. an. §. 871 spricht von wesentlicher Beschaffenheit, §. 872 von Nebenumständen, denen die Bedeutung eines wesentlichen Moments durch die darauf gerichtete und erklärte Absicht gegeben wird. Es reicht mithin nicht, dass die Absicht auf einen Umstand gerichtet sei, sie muss auch noch erklärt werden dh. objectiv erkennbar sein.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass wenn das Gesetz im §. 872 wesentliche Beschaffenheit dem als „vorzügliche Absicht“ erklärten Umstand gegenüberstellt, dasselbe unter wesentlicher Beschaffenheit nur eine nach Anschauungen des gesellschaftlichen Lebens, eine nach Verkehrsregeln wesentliche Beschaffenheit versteht, denn wesentlich ist auch der Umstand, wenn er als vorzügliche Absicht erklärt wird — das Gesetz meint damit, wesentlich können gewisse Umstände sein, weil das Leben, der Verkehr sie als solche nach dem Durchschnittsmassstabe betrachtet, oder sie können diese Qualität durch die Bestimmung des wollenden und handelnden Subjects bekommen.

Ganz richtig beurtheilt das oesterr. Recht die Wesentlichkeit des Irrthums vom subjectiven Standpunkte des Irrenden hebt auch treffend das Postulat der Erkennbarkeit hervor, dass ein Umstand für den Handelnden überhaupt und insbesondere im Momente des Vertragsabschlusses eminente Bedeutung gehabt hat.

Andere Voraussetzungen für das Anfechtungsrecht des Irrenden kennt die herrschende Willenstheorie nicht.

Von ganz anderem Prinzip geht die Erklärungstheorie aus. Sie fordert zum Thatbestand den inneren Willen und Uebereinstimmung des letzteren mit dem geschäftlichen Auftreten nicht. Das geschäftliche Auftreten im objectiven Sinne und die berechtigte Annahme, dass der Vertrag zu Stande gekommen, genügen zum Thatbestand des Vertrags.

Sehr musterhaft und consequent ist diese Theorie im oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuch ausgeführt worden. Wir berufen uns in dieser Hinsicht auf die werthvolle Schrift P f e r s c h e ' s (Irrthumslehre des oesterr. Privatrechts), welcher wir viele Gedanken zu verdanken haben und der wir nicht viel beischliessen können.

Vor allem macht nach §. 861 ein Versprechen derjenige, „wer sich erklärt, dass er jemandem sein Recht, das heisst, dass er ihm etwas gestatten, geben, dass er für ihn etwas thun oder unterlassen wolle“. Die Erklärung als solche macht ein Versprechen aus, nicht aber erst, wenn sie dem inneren Willen des Versprechenden entspricht. Bei der Interpretation der Verträge beruft sich unser Gesetzbuch auf die Auslegung der Gesetze. Nun ist es zwar wahr, dass bei der Auslegung der Gesetze (§. 6) auf die Absicht des Gesetzgebers viel Gewicht gelegt wird, aber es ist ebenso unzweifelhaft, dass es dabei nicht auf die subjective Meinung und Absicht ankommt, sondern auf die „klare“ Absicht; „klar“ ist jedoch nicht die subjective Absicht und der individuelle Zweck, den der Gesetzgeber bei der Rechtssatzung verfolgt hat, sondern derjenige Gedanke und derjenige Zweck, den jeder unbefangene Dritte vor allem die Rechtsunterthanen, für welche des Gesetz kundgemacht wurde, in eben diesem Rechtssatz als ausgedrückt anzunehmen berechtigt sind. Unter „klarer“ Absicht kann gewiss nur die objective Interpretation verstanden werden. Den besten Beweis liefert aber die Behandlung des Irrthums bei obligatorischen Verträgen. Unser bürgerl. Gesetzbuch gewährt dem Irrenden nur das Anfechtungsrecht oder (mit P f e r s c h e zu sagen) das Bestreitungsrecht und nur unter gewissen Voraussetzungen. Wirkung des Bestreitungsrechts ist Aufhebung des Vertrags. Diese Voraussetzungen beziehen sich auf das Verhalten des Vertragsgenossen. Dies sind 1) Irre-

führung von seiten des Destinatärs der Willenserklärung (§§. 871--872). 2) Irreführung von Seiten eines Dritten, wenn der Anerklärte daran Theil nahm oder dieselbe offenbar wissen musste (§. 875). 3) Erkennbarkeit des Irrthums. (§. 876). Sonst ist der Vertrag gültig vor allem, wenn der Irrthum in der Person des Irrenden allein entstanden ist ¹⁾).

Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen der dolosen und culposen einerseits und der zufälligen Irreführung andererseits. Auch wenn der Anerklärte seinen Vertragsgenossen durch falsche Angaben irregeführt hat, weil er sich selber im unverschuldeten Irrthum befand, muss er sich die Aufhebung des Vertrags gefallen lassen gemäss dem Grundsatz, dass der Zufall denjenigen trifft, in dessen Person er sich ereignet hat. Hat den Erklärenden ein Dritter durch falsche Angaben irregeführt, so steht dem Irregeführten das Bestreitungsrecht nur dann zu, wenn der Anerklärte wusste oder offenbar wissen musste, dass die Angabe unrichtig sei. Auch auf dem Gebiete des gemeinen Rechts gewinnt das Vertrauensprinzip und die Erklärungstheorie immer mehr Anhänger. Auch hier wird dem Irrenden nur unter gewissen Voraussetzungen das Bestreitungs- oder Anfechtungsrecht gewährt. Hartmann ²⁾ lässt die voluntatis quaestio nur da zu, wo die bona fides es rechtfertigt. Er lässt die Erhebung der voluntatis quaestio mit rechtshindernder Wirkung in folgenden Fällen zu 1) bei unentgeltlichen Verträgen 2) wenn der Irrthum dem Gegner aus vorangehenden oder begleitenden Umständen erkennbar war ³⁾ 3) re in-

¹⁾ Der Ausdruck „Schuld“ im §. 876 bedeutet so viel wie „Veranlassung“.

²⁾ Wort und Wille im Rechtsverkehr Jb. f. D. 20 S. 43. S. 60. „Die äussere Manifestation kann nur dann wegen Divergenz der inneren Absicht umgeworfen werden, wenn die gute Treue unter den näher bestimmten Voraussetzungen es gestattet“.

³⁾ Die Erkennbarkeit des Irrthums als Voraussetzung des Anfechtungsrechts des Irrenden wird nicht allgemein anerkannt. Leonhard (a. a. O. S. 550) verlangt nur die Erkennbarkeit der Thatsache, dass einem Umstand die Bedeutung einer unerlässlichen Vorbedingung des Rechtsgeschäfts zukommt. Nicht der Irrthum sondern die Wesentlichkeit des Umstandes soll erkennbar sein (S. 528). „Wo ein Umstand zur Geschäftsbedingung gemacht ist, braucht es nicht erkennbar geworden zu sein, dass ein Contrahent oder beide über jenen Umstand irrten“. (S. 530) „Wesentlich ist

tegra dh. so lange sich die Sachlage nicht zum Nachtheil des Gegners verändert hat.

Ob bei einem sehr erheblichen Missverhältnisse zwischen dem Schaden des Irrenden (falls er an den Vertrag gebunden wäre) und dem Schaden des anderen Theils (wenn der Vertrag aufgehoben würde), dem Irrenden das Recht gewährt werden soll, den Vertrag gegen Entschädigung rückgängig zu machen, ist eine offene Frage. Wir glauben, dass sowohl in diesem Falle als auch in dem Falle, wenn für den Irrenden aus der Aufrechterhaltung des Vertrags ein beträchtlicher Schaden, für den Gegner ein unverhältnissmässiger und im gewöhnlichen Lauf der Dinge unerwarteter Vortheil erwachsen würde, dem Richter die Macht gewährt werden könnte, die normalen Vertragswirkungen entsprechend zu modifizieren. Bedenken, welche sich gegen dieses freie Ermessen des Richters erheben, sind nicht wichtiger als bei der Bestimmung des negat. Vertragsinteresses.

der Irrthum dessen Abwesenheit zur erkennbaren Geschäftsbedingung gemacht worden ist“. (S. 570). Diese Ansicht ist unrichtig. Das Vertrauen verlangt, dass sich der Gegner auf das Zustandekommen des Vertrags müsse verlassen dürfen. So lange ihm nicht bekannt oder nicht erkennbar ist, dass der Erklärende sich geirrt, so lange ist seine Annahme gerechtfertigt. Es kommt also sowohl auf die Erkennbarkeit der Wesentlichkeit des Umstands als auch des Irrthums als solchen an.

Piniński (Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II. S. 337) nimmt die Erkennbarkeit des Sinnes der Erklärung auf Grund der Wahrnehmung eines äusseren Ereignisses in den Begriff der Erklärung auf. Ist nun der Irrthum erkennbar, dann ist die Erklärung nichtig, — sie ist nur ein Schein der Erklärung. Für diesen Schriftsteller hat Erkennbarkeit des Irrthums nicht die Bedeutung einer Voraussetzung für das Anfechtungs oder Bestreitungsrecht des Irrenden sondern die Bedeutung einer Negation des Thatbestands überhaupt. Diese Ansicht wäre nur dann berechtigt, wenn auf Grund der objectiven Interpretation der Erklärung nach den „der gemeinen Lebensauffassung entsprechenden Interpretationsgrundsätzen“ der „Wahrscheinlichkeitsschluss aus dem Äusseren auf des Innere unmöglich wäre. Nur dann und nur insoferne ist die Erklärung ein blosser Schein und der Vertrag absolut nichtig, wenn der Irrthum jedem objectiven Beobachter erkennbar ist, wenn er z. B. aus dem Inhalt der Urkunde zu ersehen wäre. Wo aber die Umstände, die den Irrthum erkennbar machen, nur dem Gegner bekannt sind, wo der Irrthum nur dem Vertragsgenossen subjectiv erkennbar ist, da kann von der Negation des Thatbestands nicht mehr die Rede sein; dann hängt die Geltendmachung des Anfechtungsrechts allerdings vom Willen des Irrenden.

Wir haben bereits oben bemerkt, dass beide Theorien gewisse Annäherungs- und Berührungspunkte haben. Sowohl die Erklärungstheorie als auch die Theorie der Nichtigkeit und des Schadensersatzanspruchs verlangen ein correctes Verhalten auf Seiten des Destinatärs der Vertragserklärung. Der Anerklärte muss sich „als Mustercontrahent bewähren, wenn er denjenigen Sinn verbindet, welchen ein redlicher und verständiger Mann in diesem concreten Falle unter aufmerksamer Beachtung aller Umstände in der Erklärung gefunden haben würde¹⁾. Die Rechtsordnung, welche dem Anerklärten garantirt, dass er keinen Schaden daraus leide, dass er sich auf das Zustandekommen des Vertrags verlassen und demgemäss gehandelt hat, verlangt von ihm einen gewissen Grad der Diligenz, Diligenz eines durchschnittlichen diligentis patris familias. die Diligenz wird verlangt nicht „im Sinne eines obligatorischen Sollens, sondern im Sinne der Erfüllung einer Bedingung für das Inkrafttreten der Garantie“. In der That wird aber stets das correcte Verhalten praesumirt, der Irrende muss die Incorrectheit beweisen. Es ist also das correcte Benehmen nicht Bedingung eines Anspruchs sondern das incorrecte Verhalten ist in beiden Fällen ein Hinderniss für den Eintritt der Rechtsfolgen und muss von dem Irrenden bewiesen werden. Sodann fordert man ein abstract-correctes Verhalten nicht, sondern ein relativ-correctes Verhalten, denn es reicht aus, wenn der Anerklärte in einem geringeren Grade als der Erklärende in culpa versire. Handelt der Erklärende dolos „so kann es ihm unmöglich gestattet sein, geltend zu machen, dass der Gegner ihm die Erreichung seiner Täuschungsabsicht zu leicht gemacht habe“ (Eisele a. a. O. S. 478).

Was aber wenn der Anerklärte in culpa lata versirt, oder beide culpos handeln? findet auch dann die Culpa-Compensation und in wie ferne statt?

Correcter scheint uns der Standpunct der Erklärungstheorie, welche das correcte Verhalten eines durchschnittlichen verständigen und redlichen Mannes (reasonable man, wie dies

¹⁾ Eisele a. a. O. S. 475. Hartmann a. a. O. S. 76, 77. Die Rechtsordnung erhebt sich abstrahirend auf den Standpunct einer Musterpartei.

das englische Recht ausdrückt) verlangt und dabei das Verhalten des anderen Contrahenten gar nicht beachtet.

Was die praktischen Consequenzen anbelangt, fehlt es an Berührungspunkten nicht. Denn einerseits kann das neg. Vertragsinteresse die Höhe des Erfüllungsinteresses erreichen, was bekanntlich im kaufmännischen Verkehr gewöhnlich der Fall sein soll (so dass der Kaufmann nach seiner Wahl das eine oder das andere verlangen kann (Eisele S. 501.)), andererseits geht der Anspruch aus einem Vertrag auch auf das Erfüllungsinteresse, wo die Erfüllung nicht erzwingbar ist so z. B. bei Sachleistungen, wo die Realexecution unmöglich ist, dann bei vertretbaren Dienstleistungen. In diesen Fällen gewinnen wir nach beiden Theorien das gleiche Resultat; dem Anerklärten wird das Erfüllungsinteresse vergütet.

Ein Unterschied besteht dann nur in der theoretischen Begründung.

Werden zum Vertragsabschluss Mittelspersonen zugezogen, so ist Doppeltes zu beachten. Das gesammte geschäftliche Auftreten, welches die Grundlage für die berechtigte Annahme des Vertragsgenossen, dass der Vertrag wirklich zu Stande gekommen sei, bildet, wird zwischen den Prinzipal und Gehilfen getheilt. Beide beschaffen gemeinschaftlich den objectiven Thatbestand des Vertrags. Der Prinzipal tritt dem Dritten gegenüber in der Vollmacht (Auftrag) geschäftlich auf, ausserdem werden seine Verhältnisse, sein subjectiv-oekonomischer Standpunkt in Betracht gezogen. Der Gehilfe nimmt an dem geschäftlichen Auftreten mit derjenigen Thätigkeit, die ihm vom Prinzipal aufgetragen wird, Antheil. Eine genaue Unterscheidung liegt besonders da vor, wenn der Auftrag (Vollmacht) vom Prinzipal an den Gegner direct ergeht, so z. B. wenn dem Gegner schriftliche Vollmacht vorgewiesen wird. Das letztere ist jedoch kein nothwendiges Erforderniss, es kann vielmehr die Vollmacht (Auftrag) dem Vertragsgenossen auch mittelbar durch die Mittelsperson mitgetheilt werden. Dann beschafft der Gehilfe den objectiven Thatbestand anstatt des Prinzipals.

Was den inneren Thatbestand betrifft, so sind dem gesammten geschäftlichen Auftreten Willensmomente des Prinzipals einerseits, der Mittelsperson andererseits gegenüberzu-

stellen. Es entsteht die Frage, wie gestaltet sich das Verhältniss dieses doppelten inneren Thatbestands gegenüber dem geschäftlichen Auftreten?

Nach der herrschenden Lehre ist der Wille Kern und Seele des Vertrags. Es kommt also einerseits auf den Willen des Prinzipals andererseits auf den der Mittelsperson an und die Frage geht auf das Willensverhältniss beider. Dieses Verhältniss gestaltet sich anders bei dem Stellvertreter als bei dem Boten. Die herrschende Lehre unterscheidet Ueberschreitung der Vollmacht resp. des Auftrags und Handeln in den Grenzen der Vollmacht resp. des Auftrags. Eine steife Chablone für alle Arten der Gehilfen lässt sich nicht aufstellen. Es müssen vielmehr die einzelnen Arten der letzteren unterschieden werden.

Für die Fälle der Regel verfährt die herrschende Lehre ganz consequent, wenn sie den Vertrag wegen Divergenz des geschäftlichen Willens des Prinzipals auch dann nichtig erklärt, wenn zum Vertragsabschluss Hilfspersonen verwendet werden. Stimmt aber das geschäftliche Auftreten mit dem inneren Willen des Prinzipals, so entsteht die Frage, ob den Willensmomenten der Gehilfen irgendwelche Bedeutung zukommen soll. Diese Frage wird verschiedenartig bei verschiedenen Arten der Gehilfen beantwortet.

Für die Ausnahmefälle ist die Frage offen, ob das geschäftliche Auftreten den Prinzipal ebenso als seine eigene Erklärung bindet. Offen ist ferner die Frage, an wen der gutgläubige Vertragsgenosse mit seinem Schadensersatzanspruch (auf das neg. Vertragsinteresse) zu verweisen ist, an den Prinzipal oder an die Mittelsperson. Die letztere Frage wird auch anders bei der Stellvertretung als bei der Botschaft gelöst.

Auch die Erklärungstheorie muss sich die Frage stellen, ob der Prinzipal ebenfalls auf den objectiven Sinn des gesamten geschäftlichen Auftretens haften soll, als wenn er das letztere selber beschaffen hätte. Es entsteht vor allem die Frage, ob für diese Fälle nicht wenigstens eine Erweiterung des Anfechtungs- und Bestreitungsrechts unter gewissen Voraussetzungen stattfinden soll.

Willensmomente und Irrthum des Boten.

Der allgemeine Begriff „Bote“ des gewöhnlichen Lebens als Gattungsbegriff umfasst verschiedene Botenthätigkeiten und verschiedene Arten des Boten, denen in der Rechtswelt verschiedene Bedeutung zukommt. Andere Bedeutung z. B. hat der Gehilfe, der mit dem Holen, Überbringen einer Sache oder Nachricht beauftragt wird, als die Nebenperson, welche eine Willenserklärung nicht bloss zu überbringen, sondern auch zu beschaffen hat. Nur die letztere Botenthätigkeit ist für unsere Untersuchung von Belang. Ein solcher Bote kommt nur bei mündlichem Vertragsschluss unter Abwesenden in Betracht. Der Vertragsabschluss durch einen Boten charakterisirt sich dadurch, dass hier an dem geschäftlichen Auftreten sowohl der Absender als auch der Bote einen Antheil nehmen. Die Thätigkeit des Boten, sein geschäftliches Auftreten kann doppelter Art sein. Der Bote kann bloss die Erklärung des Absenders reproduciren, wenn die Art und Weise des geschäftlichen Auftretens ihm ausdrücklich und in allen Einzelheiten bestimmt vorgeschrieben war, oder aber seine Thätigkeit ist eine producirende und zwar wiederum in doppelter Beziehung. Hat der Prinzipal über einzelne Vertragspunkte keine Entscheidung getroffen, im Gegentheil die letztere dem freien Ermessen des Boten überlassen, dann producirt der Bote in dieser Beziehung den Inhalt der rechtsgeschäftlichen äusseren Handlung nach freiem Ermessen und Gutachten. Er kann aber productiv thätig sein, obgleich der Prinzipal bestimmte Entscheidungen getroffen hat; dann producirt er gegen den Willen des Prinzipals. Das Letztere erfolgt entweder unwillkürlich, unwissentlich (zufällig) oder wissentlich und absichtlich (dolus) und verschuldeter Weise (culpos). Im Verhältniss zum Auftrag kann die äussere Handlung, welche der Bote beschafft, dreifache Bedeutung haben; sie ist entweder 1) Reproduction des Auftrags oder 2) Production und Bestimmung derjenigen Vertragspunkte, über die der Bote nach freiem Ermessen zu entscheiden hat. 3) Verunstaltung der Erklärung, Überschreitung des Auftrags. Der Absender tritt in dem Auftrag geschäftlich auf. Gegenüber seinem äusseren Auftreten kommen seine Willensmomente ebenso in Betracht,

als bei einem Vertrag, den er in Person abgeschlossen hätte. Nach der Willenstheorie ist sein Auftrag nichtig, wenn die Erklärung dem inneren Willen nicht entspricht und mit diesem auch der auf den letzteren gestützte Vertrag; nach der Erklärungstheorie kann der Vertrag unter oben bestimmten Voraussetzungen von dem Absender angefochten werden. Der Antheil des Boten an dem gesammten geschäftlichen Auftreten besteht, wie gesagt, entweder in der Reproduction des Auftrags oder in der Production des Vertragsinhalts und zwar ergänzend (complementäres Auftreten) in Bezug auf Punkte, über die der Bote frei zu entscheiden hat oder aber in der Verunstaltung des Auftrags, Production contra voluntatem seines Absenders.

Diesem gesammten geschäftlichen Auftreten als äusserem Vertragsthatbestand steht der doppelte innere Thatbestand: der Wille des Absenders einerseits, und der Wille des Boten andererseits, gegenüber. Zwei Fragen kommen hier insbesondere in Betracht: 1) wessen Wille, der des Absenders oder der des Boten, kommt rechtlich in Betracht? 2) Welche Bedeutung kommt dem Willen gegenüber dem äusseren Auftreten zu?

Die herrschende Lehre behauptet übereinstimmend, dass die Willensmomente und der Irrthum des Boten ganz unerheblich sind. Zwischen einzelnen Schriftstellern besteht nur der Unterschied, dass die einen den Gehilfen bereits dann als Boten qualificiren, wenn er einen in sämmtlichen Punkten genau bestimmten und praecisirten Auftrag erhalten hat, die Anderen dagegen die Qualification des Gehilfen als „Bote“ von dem äusseren Auftreten dem Dritten gegenüber abhängig machen. Diese Ansicht wird gemeiniglich durch die Formel ausgedrückt „der Bote ist bloss Ueberbringer, Träger fremden Willens“. Daraus zieht man die Consequenz, dass der Wille des Boten auf die Wirkungen des Vertrags ohne Einfluss ist, für die letzteren vielmehr nur der Wille des Absenders erheblich sein kann. Die Regel passt nur für die normale Botenthätigkeit. Hat der Bote einen genau praecisirten Auftrag erhalten und den letzteren nur sinn- und wortgetreu reproducirt, entspricht ferner der Auftrag dem Willen des Auftragsgebers, dann ist er freilich bloss „Träger fremden Willens“. Ist er

aber auch dann bloss „Träger fremden Willens“, wenn der Absender einen mit seinem Willen nicht übereinstimmenden Auftrag gegeben hat, oder wenn der Bote den Auftrag entstellt, die Willenserklärung verunstaltet? Ist er, frage ich, auch dann bloss „Träger fremden Willens“, wenn ihm die Entscheidung über einzelne Vertragspunkte überlassen wird? In diesen Fällen wird die Willenserklärung oft von keinem Willen, jedenfalls aber nicht vom Willen des Absenders, vom „fremden Willen“ getragen. Für diese Fälle passt die Formel gar nicht. Auf die anomale Botenthätigkeit ist der Grundsatz nicht anwendbar. Der anomalen Botenthätigkeit jede Wirkung abzusprechen ist zu gewagt; dieser Satz wird auch neuerdings nicht mehr vertreten, vielmehr wird heutzutage allgemein anerkannt, dass auch die anomale Botenthätigkeit, wie z. B. Verunstaltung der Willenserklärung rechtliche Wirkungen für den Prinzipal erzeugt.

Die Frage nach dem Umfang und der näheren Begründung der Wirkungen dieser anomalen Botenthätigkeit kann nur durch gründliche Analyse der letzteren gelöst werden.

Ist die Art und Weise des äusseren Auftretens dem Boten ausdrücklich vorgeschrieben, hat der Absender seinen Vertragswillen in allen Einzelheiten praecisirt, sämtliche Vertragspunkte selber bestimmt, so dass die Thätigkeit des Boten sich lediglich auf die Reproduction der Erklärung des Prinzipals beschränkt, und entspricht das geschäftliche Auftreten des Boten genau der ausdrücklichen Bestimmung des Prinzipals, ist seine Thätigkeit in der That lediglich eine reproducirende, dann haftet der Prinzipal ebenso, als wäre er selber geschäftlich aufgetreten als hätte er selber die Willenserklärung abgegeben. Hier ist der Wille des Boten, sein Irrthum ohne Bedeutung. Falsche Vorstellungen, Unwissenheit, Willensmangel des Boten kommen hier gar nicht in Betracht, denn er hat an den Vertragswirkungen kein Interesse und sein Irrthum übt auf die Lebens- und Vermögenssphäre des Absenders gar keinen Einfluss. Die herrschende Lehre hat hierin das Richtige getroffen, indem sie statt des psychischen das subjectiv-oekonomische Moment treffend hervorgehoben und zur Geltung gebracht hat. Auf Seiten des Boten ist der Irrthum ganz irrelevant. Anomalie des geschäftlichen Auftre-

tens kann in diesen Fällen nur auf Seiten des Absenders und zwar beim Auftrag oder bei der Bevollmächtigung entstehen z. B. der Absender hat einen mit seinem Willen nicht übereinstimmenden Auftrag erteilt, er hat sich z. B. versprochen oder versprochen. In diesem letzteren Fall entspricht das gesammte geschäftliche Auftreten dem inneren Willen des eigentlichen Interessenten nicht und es gelangt die Willens- oder Nichtigkeitstheorie mit dem Correctiv des Schadensersatzanspruchs auf das negative Vertragsinteresse nach der herrschenden Lehre, die Erklärungstheorie für das oesterreichische Recht zur vollen Geltung.

Ist das äussere Auftreten nicht in allen Einzelheiten bestimmt, sondern dem Boten freie Entscheidung über einzelne Vertragspunkte überlassen, dann fragt sich, ob sein Wille und sein Irrthum in Betracht kommen solle.

Für diesen Fall kann das Prinzip, dass der Wille des Boten als „Trägers fremden Willens“ irrelevant sei nicht zutreffen, weil diese Vertragspunkte dann von keinem Willen getragen wären, indem sie nämlich nicht Willenserzeugnisse des Prinzipals sind. Es könnte also weder der Prinzipal noch der Bote seinen abweichenden Willen geltend machen und diese Vertragspunkte würden nach Massgabe des äusseren Auftretens Wirkungen erzeugen. Dieses Resultat würde für den Erklärenden noch grössere Härte enthalten als die Erklärungstheorie, da die letztere doch wenigstens unter gewissen Voraussetzungen die Geltendmachung der Willensmängel und des Irrthums gestattet, während hier weder der Wille des Absenders, denn dieser hat ihn nicht erzeugt und kann ihn nicht beweisen, noch derjenige des Boten, denn dieser ist grundsätzlich unerheblich, berücksichtigt werden könnte. In Bezug auf diese Vertragspunkte würde eine Erklärung angenommen werden müssen, die juristisch von keinem Willen getragen ist (Mitteis a. a. O. S. 120.). Dieses Ergebniss würde gewiss nicht im Sinne einer Theorie ausfallen, welche den Willen als wesentliches Vertragselement betrachtet. Desshalb wird insbesondere von Schliemann (a. a. O. S. 23.) die Ausnahme insoferne gestattet, als es auf Uebereinstimmung des Willens des Boten mit der Erklärung dann nämlich ankomme, wenn dem Boten selbstständige Bestimmung überlassen wurde;

freilich kommt der Wille des Boten nur in so ferne in Betracht, als man „um den Willen des Mandanten zu eruiren, auf den Willen des Boten zurückgehen muss“. Um das Prinzip zu retten fingirt Schliemann den Willen des Boten als Willen des Absenders; so wird das Prinzip formell aufrechterhalten — materiell kommt es immer nur auf den Willen des Boten, auf seine Willensmängel, seinen Irrthum an. Aber auch in diesem Fall ist der Irrthum nicht immer relevant. Man muss vielmehr nach dem Grund prüfen, welcher den Absender bestimmt hat, die Entscheidung dem Boten zu überlassen. Der Absender thut dies, weil er es selber nicht will oder weil er wegen Unkenntniss nicht vermag die Entscheidung zu treffen, endlich weil ihm die Entscheidung über diesen Punkt gleichgiltig ist. Im letzteren Fall ist der Irrthum unerheblich, weil unwesentlich so z. B. wenn dem Boten die Entscheidung überlassen wird, in welchem Laden er kaufen will, oder welche von mehreren Sachen er wählt, diese Umstände aber dem Absender völlig gleichgiltig sind. In beiden ersteren Fällen dagegen liegt es dem Absender viel daran, dass die Entscheidung des Boten sich auf dessen freies Ermessen gründe und dass sich dieselbe als des Boten eigene subjective Erkenntniss seiner Bedürfnisse und Interessen darstelle. Befindet sich der Bote im Irrthum, dann steht es fest, dass seine Entscheidung ganz anders ausgefallen wäre, wenn sie vom Irrthum nicht beeinflusst wäre und es ist fraglich, ob die Geltendmachung des Irrthums gestattet werden soll oder nicht. Gewiss wird der Vertrag von der herrschenden Lehre annullirt, dem Anerklärten höchstens ein Schadensersatzanspruch auf das negat. Vertragsinteresse zugesprochen; nach dem oesterreichischen Recht und nach der Erklärungstheorie könnte der Vertrag nur unter bestimmten Voraussetzungen bestritten werden und es wäre noch fraglich, wem das Bestreitungsrecht zustehen soll und an wen der Anerklärte mit seinem Schadensersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse zu verweisen sei.

Im Prinzip haftet der Prinzipal für den Irrthum des Boten so, als hätte er die Erklärung selber abgegeben; unter näher bestimmten Voraussetzungen steht ihm jedoch das Recht zu, sich auf den Irrthum zu berufen und den Vertrag

zu bestreiten. Die absolute Nichtigkeit des Vertrags wegen Divergenz des geschäftlichen Auftretens vom inneren Willen des Boten, wäre für den Absender unbillig. Correcer scheint uns im Sinne der herrschenden Lehre die relative Nichtigkeit. Ebenso steht nach der für das oesterreichische Recht massgebenden Erklärungstheorie das Bestreitungs- oder Anfechtungsrecht nur dem Absender zu. Oekonomisch ist nur der Letztere an den Vertragswirkungen interessirt und die That- sache, dass der Wille ein psychisches Erzeugniss des Boten ist, kann, wie wir oben erörtert haben, nicht entscheiden.

Hat der Absender dem Boten einen praecisen in allen Punkten genau bestimmten Auftrag ertheilt und hat der Bote den Auftrag entstellt, die Willenserklärung verunstaltet, verstümmelt, dann erzeugt dieses sein geschäftliches Auftreten, weil es *contra voluntatem domini* produziert wurde, nach der strengen Consequenz der herrschenden Lehre für den Prinzipal keine Wirkungen. Dann wäre das Gehirn des Boten ein Kasten, in welchen der Prinzipal seinen Gedanken, seinen Willen hineinsteckt zu dem Zweck, dass derselbe dem Dritten in eben derselben Gestalt zukomme; kommt er dem Letzteren entstellt zu, dann ist der Zweck verfehlt, der Absender aber von jeder Verantwortung befreit. Darauf, dass der Dritte auf Grund des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen dem Prinzipal und Boten sich auf das Zustandekommen des Vertrags verlassen und demgemäss gehandelt hat, kommt es gar nicht an. Wir sehen jedoch keinen Grund, warum der Dritte nicht wenigstens in demselben Umfang geschützt werden soll, als wenn der Erklärende in Person handelt; das Vertrauen des gutgläubigen Dritten verdient um so mehr rechtlichen Schutz, als der Dritte oft keine Kriterien an der Hand hat, die Beschaffenheit und den Inhalt des Auftrags zu prüfen und nicht einmal den Verdacht schöpfen kann, dass die Ausführung dem Auftrag nicht entspricht. Dies muss man vor Allem beachten, dass der Bote mit der entstellten Ausführung auch das Auszuführende entstellt, mit der entstellten Ausführung des Auftrags auch den letzteren als solchen entstellt. Der Auftrag wird dem Boten nur mündlich gegeben und über den Inhalt des letzteren erfährt der Dritte nur durch den Mund des Boten. Wenn der Bote berichtet: X. habe mich

hierher geschickt ihm 100 Cigarren um 7 Gulden zu kaufen, so erklärt er nicht nur, dass der Prinzipal 100 Cigarren kaufen will, sondern zugleich dass er eben diesen Auftrag erhalten hat. Entstellt er die Ausführung des Auftrags, so entstellt er mit demselben zugleich den Auftrag als solchen. Um den Ausführungsact mit dem Auftrag zu vergleichen muss man den letzteren in unverkümmerter Gestalt vor sich haben. Wie ist das möglich, wenn der Bote den Auftrag zugleich entstellt.

Die strenge, logische Consequenz der herrschenden Lehre ist mit den Bedürfnissen des Verkehrs unvereinbar. Sie ist auch nach dem heutigen Stand der Frage als aufgegeben anzusehen, vielmehr gilt heutzutage als herrschende Lehre der Grundsatz, dass der gutgläubige Dritte unbedingt in Schutz genommen werden müsse. Bestritten ist bloss der Umfang des rechtlichen Schutzes, bestritten ist ferner die innere Begründung, strittig ist zuletzt, an wen der Dritte mit seinen etwaigen Ansprüchen zu verweisen sei. An dem Prinzip, dass die entstellte Willenserklärung die ihr sonst eigenthümlichen Rechtswirkungen nicht zu erzeugen vermag, hält die herrschende Lehre fest und erklärt den Vertrag nichtig, gibt aber dem Dritten einen Schadensersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse. Gegen den Schadensersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse haben wir uns bereits oben erklärt und zwar aus dem Grunde, weil derselbe dem Dritten nur ungenügenden Schutz gewährt, weil die Bestimmung des Schadens nur im Processe und mit grossen Schwierigkeiten verbunden ist, weil ferner der Handelnde im vornhinein nicht ermitteln kann, was für ihn günstiger ist, Erfüllung des Vertrags gegen verabredeten Entgelt oder Geltendmachung des Irrthums und Bestreitung des Vertrags. Hier kommen nur noch die innere Begründung des Schadensersatzanspruchs so wie die Frage, an wen der Dritte mit seinem Schadensersatzanspruch anzuweisen sei, in Betracht. Es muss vor allem bemerkt werden, dass es unbillig und für den Dritten zu hart scheint, ihn mit seinem Schadensersatzanspruch an den Boten zu verweisen. Er hat mit ihm gar nicht kontrahiren wollen, ja er hätte vielleicht gar keinen Vertrag abgeschlossen, wenn er nicht gewusst hätte, dass er dadurch Rechte

gegen den Absender erwirbt. Es hiesse dem Dritten statt des eigentlichen Kontrahenten und Verpflichteten eine andere Person als Verpflichteten gegen seinen Willen aufzuoktroiren. Dem gutgläubigen Dritten kann nicht gleichgiltig sein, wer ihm als Verpflichteter gegenübersteht; es kann ihm unmöglich einerlei sein, ob er den A oder den B zum Schuldner hat. Statt der Person, die nach Absicht aller drei betheiligten Personen als Schuldner in das Obligationsverhältniss eintreten soll, einen Anderen gegen Willen des Dritten zu substituiren, bedeutet für den Vertragsgenossen eine gewisse Härte. Deshalb erachten wir diejenigen Theorien, welche den Mitkontrahenten mit seinem Schadensersatzanspruch an den Boten verweisen, für verfehlt. Hieher gehören diejenigen Anhänger der Willenstheorie, welche den Absender eines entstellten Auftrags von jeder Verpflichtung entheben, den getäuschten Dritten an den Gehilfen verweisen.

Hierher gehören sodann Windscheid und Leonhard. Diese Schriftsteller befreien den Absender von der Haftung dann, wenn der Bote den Auftrag wissentlich entstellt hat. „Denn der Erklärende eignet sich das Resultat an“ argumentirt Windscheid „welches das gewählte Erklärungsmittel unter dem von ihm gegebenen Impuls liefert, die wissentlich falsche Uebermittlung des Boten erfolgt aber nicht auf den Impuls des Auftraggebers¹⁾. Die entstellte Aeusserung ist nicht eine von dem Prinzipal mittelbar verursachte und zu verantwortende Aeusserung, sondern das Ergebniss eines selbstständigen Willensactes des Boten und kann den Prinzipal nichts angehen. Der Bote haftet dann „aus seinem dolus“²⁾, für die dolose und wissentliche Verunstaltung der Aeusserung seitens des Boten haftet der Absender nicht. Hat dagegen der Bote den Auftrag nur culpos oder unwissentlich und unwillkürlich (zufällig) entstellt, dann haftet der Prinzipal für den entstellten Auftrag. Uns scheint angemessener den gutgläubigen Dritten an den Absender zu binden, den Letzteren da-

¹⁾ Windscheid Pand. II. S. 170 Text u. N. 7. Auch Mommsen Erörter. II. S. 126. Unger in Grünh. Zeitschrift Bd. 15 S. 864 Nr. 34.

²⁾ Leonhard a. a. O. II. S. 500 Nr. 1.

gegen sich bei dem Boten als seiner Vertrauensperson wegen seines Schadens erholen zu lassen.

Andere Schriftsteller verweisen den Mitkontrahenten unbedingt an den Absender ohne zu unterscheiden, ob der Bote wissentlich oder unwillkürlich und unwissentlich den Auftrag entstellt hat (Ihering Jb. f. Dogm. Bd. IV. S. Unger Jb. f. Dogm. Bd. S.)

Dann handelt es sich nur um die innere Begründung, um das legislative Motiv, warum der Absender den aus dem wegen enstellten Auftrags nichtigen Vertrag enspringenden Schaden seinem Vertragsgenossen ersetzen soll. Ihering versucht den Grundsatz durch seine Theorie der culpa in contrahendo zu begründen. Nach der Ansicht dieses Schriftstellers gewähren weder der Bote noch der Telegraph die absolute Gewissheit der authentischen Uebermittlung der Erklärung und wer sich ihrer bedient, begeht eine culpa in contrahendo und hat die Folgen selber zu tragen. „Jeder Contrahent hat seinen Willen selber zu äussern; wer sich zu dem Zweck anderer Personen bedient, thut dies auf eigene Gefahr (factum eorum praestare debet cum ipse eos suo periculo adhibuerit l. 7 pr. D. 4. 9.)“ Ihering's culpa in contrahendo stumpft sich sehr zu einer blossen Veranlassung ab. Mit ebenso gutem Recht könnte man sagen, dass, da der Bote ein unzuverlässiges Uebermittlungsmittel ist und der Dritte, der Anerklärte, sich dessen bewusst ist oder doch bewusst sein soll und kann, der Letztere sich überhaupt mit dem Gehilfen nicht einlassen solle und wenn er dies dennoch thut, auf eigene Gefahr handle, und die Folgen selber zu tragen habe. Dann würde mit culpa des Erklärenden auch die culpa in contrahendo des Dritten konkurriren und mit vollem Recht könnte dem Letzteren der Schadensersatzanspruch abgesagt werden. Mit vollem Recht und Fug könnte man hier dem Anerklärten die culpa in contrahendo imputiren — denn ebenso wie der Kontrahent seinen Willen selber zu äussern habe, soll sich der Gegentheil nur mit dem Kontrahenten, nicht aber mit dessen Mittelsperson in Verhandlungen einlassen.

Denn die Rechtsordnung muss sich beiden Theilen gegenüber gleichmässig verhalten. Wenn sie dem Dritten das Contrahiren mit der Mittelsperson statt mit dem Prinzipal gestattet und

ihn in diesem Fall schützt, so muss sie auch dem Prinzipal gestatten sich der Gehilfen zu bedienen. Und wenn sie dem Dritten das Kontrahiren mit Gehilfen nicht zur culpa anrechnet, so kann sie auch dem Prinzipal die Verwendung als solche nicht zur culpa anrechnen und ihn dafür strafen. Das Kontrahiren mittelst Gehilfen einerseits zu gestatten, andererseits die Verwendung der Gehilfen als culpa in contrahendo zu ahnden, wäre geradezu unbillig und widersinnig. Der Grund der Haftung muss also anderswo, als in der Verwendung von Gehilfen liegen.

Würde man die culpa-Theorie in dem Sinne modificiren, dass dem Absender nur dann Haftung für den entstellten Auftrag auferlegt werden könne, wenn er sich eine wirkliche culpa zu Schulden kommen lassen hat, dann würde die Entschädigungspflicht nicht über culpa in eligendo und inspiendo hinaus reichen. Dass dann der Dritte nur in äusserst seltenen Fällen zu seinem Recht kommen würde und dass daran die Verkehrssicherheit viel leiden würde, liegt auf der Hand. Dann wäre der Gedanke sehr nah den Schadensersatzanspruch je nach dem Grad der culpa abzustufen. Nach Grundsätzen der Theorie Windscheid's und der Theorie des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs für das deutsche Reich würde der Absender bei dolus oder culpa lata in eligendo auf Erfüllung, bei culpa levis bloss auf das negative Vertragsinteresse haften, und der Anspruch des gutgläubigen Dritten würde verschiedenen Umfang haben, obgleich der Dritte in dem einen Fall nicht mehr und nicht weniger schutzwürdig ist, als in dem anderen. Die culpa-Theorie trägt jedoch den Verkehrsbedürfnissen nicht genügend Rechnung; immer wäre der Dritte schutzlos, wenn dem Absender weder dolus noch culpa in eligendo vorgeworfen werden kann, trotzdem es sich nicht um Ahndung des Schuldbaren, sondern um Schutz des gutgläubigen Dritten vor allem handelt.

Ihering hat selber seine Theorie über culpa in contrahendo aufgegeben und nach objectiver Fassung für seine Theorie vom negativen Vertragsinteresse gesucht. Die erwünschte Lösung hat Eisele erzielt. An Stelle der Theorie von culpa in contrahendo stellt er die Veranlassungstheorie auf. Der Erklärende haftet nicht erst, wenn er verschuldet hat, wenn er

beim Abschluss des Vertrags die Diligenz nicht praestirt hat, sondern bereits dann, wenn er die Erklärung veranlasst hat. Die Anwendung der Veranlassungstheorie auf unseren Fall erregt jedoch die wichtigsten Bedenken.

Soll der Handelnde schon dann haften, wenn er die Erklärung veranlasst hat, so entsteht die prinzipielle Frage, wer von beiden gemeinschaftlich handelnden Personen die Erklärung veranlasst hat. Es unterliegt keinem Zweifel, dass den entstellten und schadenbringenden Ausführungsact unmittelbar der Bote veranlasst hat als *causa proxima*, während der Absender denselben nur mittelbar als *causa remotior* verursacht hat, indem er den Impuls dazu gegeben hat. Wo aber eine Erklärung zwei Personen veranlasst haben, dann müssen entweder beide gemeinschaftlich als Beschädiger in Anspruch genommen werden oder doch vor allem Derjenige, wer sie unmittelbar veranlasst hat. Indessen behauptet die herrschende Lehre, dass dem Dritten gegenüber nur der Absender zu haften hat. Consequenter wäre u. E. dem gutgläubigen Dritten die Wahl einzuräumen nach Belieben den Boten oder Absender oder beide zugleich in Anspruch zu nehmen.

Windscheid¹⁾ begründet die Haftung des Absenders dadurch, dass der Absender indem er zum Zweck einer Erklärung ein bestimmtes Mittel wählt, sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung aneignet. Was bedeutet aber der Ausdruck „er eignet sich an“? Soll es etwa im Sinne eines stillschweigenden Versprechens für die Entstellung eintreten zu wollen aufgefasst werden, dann wäre es eine Fiction. Sollte dies aber bedeuten, dass der Absender für den entstellten Auftrag haften soll, dann wäre nichts über den Grund gesagt. Auch nach Unger's Theorie „des Handelns auf eigene Gefahr“ haftet der Absender allein für die entstellte Erklärung. Der Absender, derjenige, der sich einer Mittelsperson zum Zweck einer Erklärung bedient, hat die Gefahr, das Risiko eines aus der Verunstaltung des Auftrags entspringenden Schadens selber zu tragen und er darf diese Gefahr nicht auf den gutgläubigen Dritten herabwälzen. Das Tragen dieser Gefahr, des Risico's wäre ein Aequivalent der Vortheile,

¹⁾ Pandecten II. §. 309 N. 6.

welche der Prinzipal durch Erweiterung seines Wirkungskreises, Ersparung von Mühe und Zeitverlust überhaupt durch Verwendung der Gehilfen erhält. Vom Standpunkte des oesterreichischen Rechts lässt sich die Theorie der Nichtigkeit mit dem Schadensersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse nicht begründen. Die allgemeine Fassung des §. 1295 gestattet zwar, dass die Verunstaltung der Erklärung als eine schädigende Handlung angesehen werden darf und dass der Urheber derselben zum Schadensersatz verpflichtet sei.

Dies muss man aber hervorheben, dass das oesterreichische Recht den Schadensersatzanspruch nur gegen denjenigen Beschädiger zuerkennt, dem ein Verschulden zugerechnet werden kann und den Umfang des Schadensersatzanspruchs nach Graden der culpa abstuft. Nach Grundsätzen des allg. bürgerl. Gesetzbuchs über Schadensersatz könnte der Dritte nur dann den Absender auf Schadensersatz belangen, wenn dem Letzteren culpa in eligendo vorgeworfen werden könnte (§. 1315). Der Umfang des Schadensersatzes würde bei gewöhnlicher Schuld nur den wirklichen Schaden bei dolus und grober Nachlässigkeit auch den eingegangenen Gewinn umfassen. Ausser diesem Fall könnte der Dritte mit seinem Schadensersatzanspruch sich nur an den Boten halten und zwar auch nur dann, wenn derselbe in culpa versirt. Sind beide der Absender und Bote in culpa, dann haften sie gemeinschaftlich für den Schaden und zwar da sich ihr Antheil an der Beschädigung nicht feststellen liesse, solidarisch (§. 1302). Trägt aber an der schädigenden Handlung, an der Verunstaltung des Auftrags keiner von den gemeinschaftlich Auftretenden Schuld, dann wäre der gutgläubige Dritte schutzlos. Dass dieses Resultat den Verkehrsbedürfnissen nicht entspricht, haben wir bereits nachgewiesen. Die Veranlassungstheorie und die Theorie des „Handelns auf eigene Gefahr“ finden in unserem bürgerl. Gesetzbuch keine Begründung.

Die Delictstheorie und die Theorie vom Schadensersatz führt zur befriedigenden Lösung unseres Problems nicht, wir müssen uns vielmehr auch hier auf den Standpunkt der Vertragstheorie stellen. Den Vertragsthatbestand bilden nach oesterreich. Recht 1) das geschäftliche Auftreten 2) die berechtigte Annahme, dass ein Vertrag wirklich zustande gekommen sei

ferner das Handeln auf Grund dieser Annahme. Der innere Wille kommt nur unter gewissen Voraussetzungen zur Geltung. Dieser Thatbestand liegt auch dann vor, wenn der Erklärende sich zum Zwecke der Erklärung einer Mittelsperson bedient. Den Vortheil, den er dadurch erlangt, erkaufte sich der Absender durch Haftung für den Fall der Verstümmelung. Er haftet nicht mehr und nicht weniger als wenn er selber die Erklärung gegen seinen inneren Willen abgegeben hätte. Der abweichende innere Wille des Absenders kommt nur dann in Betracht, wenn er oder der Bote durch falsche Angaben seines Vertragsgenossen oder dem letzteren bekannte falsche Angaben eines Dritten irregeführt wurde, oder sein Irrthum dem Gegner überhaupt erkennbar war. Die Voraussetzungen für das Bestreitungsrecht müssen jedoch insoferne erweitert werden, als der Absender für diejenige Erklärung nicht haftbar gemacht werden kann, zu welcher er gar keinen Impuls gegeben hat. Der Impuls liegt aber schon dann vor, wenn der Absender den Boten mit der Uebermittlung der Erklärung betraut hat, wenn er ihm den Auftrag ertheilt hat. Auch wenn der Bote die Willenserklärung wissentlich und absichtlich verunstaltet, erfolgt die Erklärung auf den Impuls des Absenders, wenn er nur einen wenngleich einen anderen Auftrag erhalten. Wir können der Meinung Windscheids, nach der die wissentlich falsche Uebermittlung des Boten nicht auf den Impuls des Auftraggebers erfolgt, nicht beistimmen. Ob die Willenserklärung wissentlich und absichtlich oder unwillkürlich und zufällig vom Boten verunstaltet wurde, der Umstand ändert an dem Verhältniss der Erklärung zum Auftrag nichts. Die falsche Uebermittlung des Boten, sei sie wissentlich oder zufällig, erfolgt nie auf den Impuls des Absenders aber darauf kommt es auch gar nicht an, ob sie auf seinen Impuls gefälscht wurde, sondern es handelt sich darum, ob sie auf seinen Impuls abgegeben wurde. Die Abgabe der Willenserklärung erfolgt thatsächlich nur auf den Impuls des Absenders. Dadurch erledigt sich auch der §. 1032. Die Dienstgeber und Familien-Häupter haften aus den von ihren Dienstpersonen oder anderen Hausgenossen abgeschlossenen Creditgeschäften nicht, weil es nach den Anschauungen des gesellschaftlichen Lebens nicht angenommen werden kann, dass sie

den Auftrag zu Kreditgeschäften erhalten haben. Ihr Verhältniss zu dem Dienstgeber begründet noch nicht die berechtigte Annahme, dass sie auf Impuls dess Letzteren handeln. Dazu bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung oder solcher Umstände, welche dahin gehende Vermuthung vollständig begründen (§. 1033).

Willensmomente und Irrthum des Stellvertreters.

Wird der Vertrag durch einen Stellvertreter abgeschlossen, so kommt es nach der herrschenden Doctrin in erster Linie auf den Willen des Letzteren an, auf die Uebereinstimmung der Erklärung mit seinem inneren Willen, seinen Irrthum, seine Willensmängel. Der Wille des Prinzipals affizirt den Vertrag nicht; dem letzteren kommt vielmehr die Bedeutung nur insoferne zu, als dies das Verhältniss der Vollmacht zum Stellvertretungsvertrag erfordert. Da über die Existenz der Vollmacht der innere Wille des Vertretenen entscheidet, so hat eine wesentliche Abweichung des geschäftlichen Auftretens des Stellvertreters von dem der Vollmacht zu Grunde liegenden inneren Willen des Vertretenen Ueberschreitung der Vollmacht und Nichtigkeit des Vertrags zur Folge. Hat aber der Vertreter die Grenzen der Vollmacht eingehalten, dann ist der Wille des Prinzipals ganz irrelevant. Auf diese Weise erfordert die herrschende Lehre zum Stellvertretungsvertrag einen dreifachen Konsens, Uebereinstimmung des Willens aller drei auftretenden Personen, des Prinzipals, Vertreters und des Mitkontrahenten. Willensmangel, Irrthum des Vertreters affizirt den Vertrag unmittelbar; Irrthum des Prinzipals affizirt die Vollmacht und durch diese mittelbar den Vertrag.

Der Wille des Prinzipals kommt vor Allem in der Vollmacht zum Ausdruck und seine Bedeutung hängt davon ab, wie man das Verhältniss der Vollmacht zum Hauptvertrag auffasst.

Wurde jedoch der Vertrag in den Grenzen der Vollmacht abgeschlossen, stimmt das äussere geschäftliche Auftreten mit dem inneren Willen des Prinzipals überein, dann ist es fraglich, welche Bedeutung den inneren Willens- und Vorstellungsmomenten des Vertreters zukommt, wie sich das Verhältniss

zwischen dem Willen des Prinzipals einerseits und dem Willen des Vertreters andererseits gestaltet. Die Durchgangstheorie legt auf den Willen des Vertreters das Hauptgewicht, ertheilt dem Vertrag das ganze subjective Gepräge des Vertreters. Willensmängel, Irrthum des Letzteren entscheiden immer über die Giltigkeit des Vertrags ohne Rücksicht darauf, ob die Vertragswirkungen mit dem Geschäfts- und Lebenskreis des Prinzipals in Zusammenhang stehen oder nicht. Die Repraesentationstheorie gibt dem Willen des Vertreters sogar eine selbstständige und unabhängige Bedeutung gegenüber dem Willen des Prinzipals. So vor anderen Schlie mann (a. a. O. S. 24). „Das Erforderniss der Uebereinstimmung des Willens mit der Willenserklärung sei bloss aus der Person des Vertreters zu beurtheilen. Der Wille des Vertreters entscheide sowohl über die Existenzfrage als auch über den Inhalt des Vertrags“. Ebenso Windscheid (Pand. 6. Aufl. Bd. I. §. 73). „Daher kommt für den Vertretenen ein Rechtsgeschäft nicht zu Stande, wenn der Vertreter das als gewollt Erklärte nicht gewollt hat“.

Wir haben bereits oben erwähnt, dass durch die Repraesentationstheorie der Zusammenhang des Vertrags mit den Lebensbedürfnissen, Vermögensverhältnissen und Interessen des Prinzipals losgelöst wird, dass dadurch der Schwerpunkt auf den Stellvertreter übertragen wird, der an den Rechtsfolgen kein berechtigtes Interesse hat. Das Verhältniss muss u. E. umgekehrt werden, der Schwerpunkt muss in die Person des Prinzipals, seine Interessen, seine Verhältnisse, seinen Willen, seine Vorstellungen gelegt werden, der Wille des Vertreters nur als Ausdruck der Interessen des Prinzipals als Reproduction seines Willens betrachtet und behandelt werden. Diesen Standpunkt würdigt gehörig die Theorie Savigny's; als Konstruktion aber, als allgemeine Schablone und Formel ist sie ebenso wie die anderen Konstruktionen unbrauchbar, denn sie erklärt uns die grosse Menge der Fälle, wo mit einer generellen Vollmacht contrahirt wird, nicht.

Auch die Modificationen der herrschenden Repraesentationstheorie, denen zufolge man zwischen dem generellen und speziellen Auftrag unterscheidet, bei dem ersteren nur den Willen des Vertreters bei dem letzteren nur denjenigen des

Prinzipals beachtet¹⁾, sind nicht im Stande die Verkehrsbedürfnisse zu befriedigen.

Die Stellvertretungskonstruktionen lösen unser Problem an der Hand des Willensdogmas. Jede Abweichung des geschäftlichen Auftretens vom Willen als psychischem Vorgang, als innerem Seelenact des Prinzipals hat Ueberschreitung der Vollmacht und Nichtigkeit des auf Grund derselben abgeschlossenen Vertrags zur Folge; jede Abweichung der Willenserklärung von dem psychologischen Willen des Vertreters affizirt den Vertrag unmittelbar. Nach dem heutigen Stand der Lehre gibt die reine Willenstheorie keine befriedigende Lösung. Sogar für das gemeine Recht werden zu Gunsten des Vertrauensprinzips Ausnahmen zugelassen. Das oesterreichische Recht hat auf dem Gebiet der obligatorischen Verträge den Standpunkt der Erklärungstheorie eingenommen. Nicht um eine ausschliessliche oder überwiegende Thätigkeit des Gehilfen handelt sich hier, sondern um ein gemeinschaftliches Auftreten des Prinzipals und Vertreters, um Theilnahme beider an dem geschäftlichen Auftreten, um gemeinsame Beschaffung des objectiven Thatbestands eines Vertrags. Unsere Aufgabe ist den äusseren Thatbestand dem doppelten inneren Thatbestand scharf gegenüberzustellen und die Bedeutung des letzteren für die Vertragswirkungen eingehender Betrachtung zu unterziehen.

Bedeutende Conzessionen zu Gunsten des Vertrauensprinzips macht Mitteis. Dieser Schriftsteller geht von seiner Theorie der Zusammenwirkung und Willensvertheilung zwischen dem Prinzipal und Vertreter aus und verlangt die Uebereinstimmung des geschäftlichen Auftretens mit dem Willen desjenigen, welcher den betreffenden Vertragspunkt gewollt und den diesen Punkt betreffenden Willen producirt hat. Hat der Prinzipal den Kaufgegenstand bestimmt, der Vertreter den Preis akkordirt, so kommt es in Bezug auf das Kaufobject auf den Willen des Ersteren, in Bezug auf den Preis auf den Willen des Letzteren an. Bei entgeltlichen Verträgen wird dieses reine Willensprinzip durch das Vertrau-

¹⁾ Dunkhase a. a. O. S. 117.

Dernburg Pand I. S. 274. N. 9.

ensprinzip insoferne modifizirt, als der Dritte sich je nach dem Auftreten des Vertreters als selbstwollender und selbsthandelnder Vertreter oder als willenloses Organ müsse verlassen dürfen, dass der Wille von ihm oder von dem Prinzipal komme. Auf Grund dieser berechtigten Annahme des Mitkontrahenten, dass der Wille ein Seelenproduct des Prinzipals oder Vertreters sei, soll nun entweder der Wille des Prinzipals oder der des Vertreters in Betracht kommen. Bei entgeltlichen Verträgen kommt es nach Mitteis nicht auf den Willen desjenigen an, der den entsprechenden Vertragspunkt wirklich beschlossen hat, sondern desjenigen, der dem Mitkontrahenten als der Beschliessende erscheint. Diese Theorie erleidet an zwei Punkten entschiedene Niederlage. Hat der Stellvertreter einen Spezialauftrag und tritt er selbstwollend auf, so soll es nur auf seinen Willen ankommen. Entspricht nun das geschäftliche Auftreten dem inneren Willen des Vertreters nicht, wohl aber demjenigen des Prinzipals, so soll der Vertrag nach der Mitteis'schen Theorie nichtig sein, Mitteis sieht sich jedoch gezwungen hier eine Ausnahme zu statuiren und zwar aus dem Grunde „weil diese Entscheidung dem wahren Willen aller Betheiligten entspricht und der Dritte kein berechtigtes Interesse hat, den seinem Willen entsprechenden Vertrag anzufechten (S. 125. u. S. 273.) Hat ferner der Vertreter einen generellen Auftrag bekommen und tritt er als willenloses Organ als Bote auf, so soll nur der Wille des Prinzipals in Betracht kommen. Wie ist das aber möglich, wenn der Prinzipal den Vertragsinhalt nicht bestimmt hat und gar nicht gewollt hat? Ganz konsequent gibt Mitteis zu, dass hier weder auf den Willen des Prinzipals noch auf den des Vertreters ankomme. Dieses Resultat wäre aber noch härter als die Konsequenz der strengsten Erklärungstheorie. Mitteis weiss auch diesen Fall nicht anders zu erklären als dadurch, dass er seine Praktikabilität wוגläugnet! (S. 276.). Seine Theorie ist also von dem Vorwurf nicht ganz frei, den er der Repraesentationstheorie macht, dass es in der Macht des Vertreters läge, durch das Auftreten als Bote seine Willensmängel unschädlich zu machen und diese Möglichkeit in bedenklichster Weise auszunützen (S. 118.). Diese Inconsequenz kommt davon, dass Mitteis

zwei Grundsätze, die einander prinzipiell widersprechen, mit Gewalt in Einklang zu bringen versucht. Das Willensprinzip erfordert, dass der abweichende innere Wille immer zur Geltung gelange, das Vertrauensprinzip verlangt, dass der letztere ohne Beachtung bleibt. Wo das eine gilt, gibt es für das andere keinen Platz.

Es ist vielmehr auch hier vom Standpunkte des Vertrauensprinzips auszugehen. Ueber den Inhalt der Vertragswirkungen entscheidet das gesammte geschäftliche Auftreten wie dasselbe durch Handlungen und Verhältnisse des Prinzipals und Vertreters beschaffen wird. Dies äussere Auftreten ist zwischen dem Prinzipal und Vertreter getheilt. Den Antheil des Ersteren bildet die Vollmacht (der Auftrag), den des Letzteren die Vertragserklärung. Ob und in wie ferne diese äusseren Momente, das geschäftliche Auftreten vom inneren Willen des Prinzipals einerseits und des Vertreters andererseits getragen werden müssen, darüber entscheiden die Bedürfnisse des Verkehrs, und der den Verkehr beherrschende Treu und Glauben. Der ganz normale Stellvertretungsvertrag muss folgendermassen beschaffen sein. Das geschäftliche Auftreten des Vertreters ist eine sinngetreue Reproduction des geschäftlichen Auftretens des Prinzipals in der Vollmacht, und entspricht vollkommen dem inneren Willen sowohl des Prinzipals als auch des Vertreters, steht endlich im innigen vom Vertreter gehörig beurtheilten Zusammenhang mit der Lebens- und Vermögenssphäre des Prinzipals.

Die Anomalie des Stellvertreters qualifizirt sich als Abweichung des geschäftlichen Auftretens von inneren Willens- und Vorstellungsmomenten des Prinzipals und Vertreters, als Loslösung der Vertragswirkungen von den damit zusammenhängenden Lebensbedürfnissen und Interessen des Prinzipals oder unrichtige Beurtheilung des materiellen Zusammenhangs von seiten des Vertreters.

Der richtige Kern liegt in der Unterscheidung zwischen genereller und spezieller Vollmacht (generellem und speziellem Auftrag). Bei der generellen Vollmacht kommen nur die Willens- und Vorstellungsmomente des Vertreters in Betracht. Die Ertheilung einer generellen Vollmacht besteht vor allem darin, dass hier der Prinzipal, der seine Geschäfte wegen

Mangel an Fachkenntnissen oder aus anderen Gründen zu besorgen nicht im Stande ist oder sich damit gar nicht abgeben will, seine Vertrauensperson betraut. Die Ertheilung einer generellen Vollmacht liegt meistens in dem Bestellungs-act. Hieher gehören die Fälle der sg. vermutheten oder stillschweigenden Vollmacht §§. 1027—1033 oester, allg. b. Gb.: Bestellung eines Güterverwalters, Bestellung des Verwalters eines Schiffes, Kaufladens, Gewerbes.

Die Aufgabe der Angestellten besteht darin, mit sachverständiger Beurtheilung der Interessen und Vermögensverhältnisse des Prinzipals das Nothwendige nach eigenem Gutachten und Ermessen zu verfügen. An ein Wollen des Principals in Bezug auf einzelne Rechtsfolgen ist gar nicht zu denken. Wenn ein Graf X, der in Paris wohnt, für seine Landgüter in Galizien einen Verwalter bestellt und dieser für seine Wirthschaft Pferde ankauft oder Feldfrüchte verkauft, wird man annehmen dürfen, dass der Wille des Prinzipals auf jedes Pferd und jedes metrische Centner Weizen gerichtet ist? Dies vermag man erst mittelst einer gewaltigen Fiction, die nur ein Jurist im Sinne der herrschenden Theorie im Stande ist auszukünsteln ¹⁾, woran aber der Laie gar nicht denkt. Kann man sagen, dass in der Bestellungs-urkunde dieser generelle Wille ausgesprochen wurde?

Der Lritte, der mit einem solchen Bevollmächtigten kontrahirt, denkt auch gar nicht daran, als ob der Prinzipal jede einzelne Rechtswirkung wolle; er lässt sich mit dem Verwalter fremder Geschäfte deshalb ein, weil er ihm eine fachgemässe und treffende Erkenntniss von Bedürfnissen und Interessen des Prinzipals, deren gehörige Würdigung und aus dem gegenseitigen Vertrauensverhältniss des Prinzipals zum Vertreter fließende zweckmässige und gehörige Besorgung zumuthet. Das geschäftliche Auftreten des Vertreters bestimmt sich nach seinem Gutachten und Willen und sucht Fühlung mit den Lebens- und Vermögensverhältnissen,

¹⁾ Randa. Der Besitz §. 20. S. 455. „In einem auf die gesammte Vermögensverwaltung gehenden Mandate liegt die Erklärung des Mandanten im vornhinein alle Handlungen zu wollen, welche der Mandatar auf vermögensrechtlichen Gebrauch vornehmen würde“.

Interessen und Bedürfnissen des Prinzipals. Anomalie des geschäftlichen Auftretens kann in Verkennung des materiellen Zusammenhangs der Vertragswirkungen mit sonstigen Lebensverhältnissen des Prinzipals und in dem dadurch verursachten unrichtigen Entschluss oder aber in einer unrichtigen Ausführung eines korrekten Entschlusses ihre Quelle finden. In beiden Fällen haben bloss innere Momente des Vertreters rechtliche Relevanz. Es kommt nur auf seinen Motivrrthum, nur auf seine falschen Vorstellungen und Voraussetzungen, es kommt nur auf seine Willensmängel, nur auf Uebereinstimmung seines Entschlusses mit der Ausführungshandlung an. Für diesen Fall trifft der Grundsatz der Repraesentationstheorie vollkommen zu. Dem Dritten gegenüber kommen diese Momente nur in soferne in Betracht, als sie überhaupt mit Bezug auf die Bedürfnisse des Verkehrs, auf dessen Sicherheit und Zuverlässigkeit und die den Verkehr beherrschende bona fides berücksichtigungswürdig sind. Es muss mithin auch hier die Theorie vom unechten Irrthum, wobei es auf die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit gar nicht ankommt, aufgegeben werden; vielmehr darf der Irrthum nur beim Eintritt gewisser Voraussetzungen berücksichtigt werden.

Die Willensmomente des Vertreters haben mithin nur die Bedeutung negativer Thatbestandmomente, Hindernisse für den Eintritt der normalen Vertragswirkungen, können nur im Wege der Anfechtung, Bestreitung des Vertrags geltendgemacht werden, und ihre Berücksichtigung erfolgt im Sinne der für das oesterreichische Recht massgebenden Erklärungstheorie nur unter oben aufgestellten näheren Voraussetzungen. Wem das Bestreitungsrecht zustehe, dem Prinzipal oder Vertreter, lässt sich bereits aus dem oben Gesagten beantworten. Da die Vertragswirkungen der subjectiv-oekonomische Standpunkt normirt, und über den letzteren der Prinzipal in erster Linie zu entscheiden hat, so steht dem Vertreter dieses Recht nur insoferne zu, als er auch hierin nur das Interesse des Prinzipals vertritt; gegen den Willen des Prinzipals darf der Vertreter das Anfechtungsrecht nicht geltend machen. Die Berücksichtigung der inneren Willensmomente gegen den Willen und Interesse des materiell Be-

berechtigten und Verpflichteten widerspräche dem Interesse beider an den Vertragswirkungen materiell beteiligten Personen und könnte leicht in eine der Rechtsordnung unerwünschte und nicht gebilligte Chicane seitens des Vertreters ausarten.

Hat dagegen der Vertreter ohne von irrigen subjectiven Vorstellungs- und Willensmomenten beeinflusst zu sein gegen das Interesse seines Prinzipals sei es dolos oder culpos gehandelt, dann muss der Letztere nicht destoweniger haften. Dies verlangen die Rücksichten auf den Verkehr. Wenn der Prinzipal bloss dann für Handlungen seiner Vermögensverwalter und Bevollmächtigten verantwortlich sein würde, wenn dies überhaupt seinen Interessen entspricht, dann ist nicht einzusehen, wie überhaupt eine Verwaltung durch andere Personen und Anwendung von Vertretern möglich wäre, und wie könnte sich ein sorgfältiger Geschäftsmann mit dem Vertreter einlassen ohne sicher zu sein, ob der Vertrag für ihn Wirkungen haben wird oder nicht ¹⁾).

Hat ein Generellbevollmächtigter, dem sein Prinzipal nach eigenem Ermessen und Gutachten die Interessenversorgung und Befriedigung seiner oekonomischen Bedürfnisse anvertraut hat, dolos oder culpos gehandelt und konnte der Dritte auf Grund der ihm zugänglichen Umstände dennoch eine berechtigte Annahme schöpfen, dass diese Handlung mit Interessen und Verhältnissen des Prinzipals in Einklang stehe, so muss der Prinzipal dafür einstehen; die entgegengesetzte Behandlung solcher anomalen Verträge würde für den Dritten, der auf Grund der berechtigten Annahme Vermögensveränderungen und Dispositionen getroffen hat, sehr

¹⁾ Treffend Frese a. a. O. S. 30.

„Durch seinen Auftrag und seine Vollmacht hat der Geschäftsherr den Kontrahenten des Stellvertreters ja gerade aufgefordert und veranlasst mit demselben als seinem Vertrauensmann zu kontrahiren und kann er deshalb sich nicht nachträglich darauf berufen, dass dieser sein Vertrauensmann untauglich zu dem Abschluss des Rechtsgeschäfts gewesen, oder dass er ihn gar absichtlich benachtheiligt habe. Der *dnus negotii* muss sich hier zuschreiben, wenn er eine untaugliche Person zu seiner Vertretung bevollmächtigt, oder wenn er in dem hier zur Frage stehenden Fall das Mandat nicht so speziell erteilt, dass eine Benachtheiligung durch den Beauftragten bei stricter Innehaltung des Mandats unmöglich gewesen wäre“.

unbillig sein. Es könnte das Vertrauen und die bona fides und Sicherheit des Verkehrs erschüttert werden.

Wir haben bereits oben (S. 23.) bemerkt, dass die herrschende Lehre die Haftung des Prinzipals für Handlungen seines Generellbevollmächtigten mit dem Willensdogma dadurch in Einklang zu bringen versucht, dass sie eine „unbestimmte Absicht“ annimmt. Sodann wird behauptet, dass der Prinzipal in dem Bestellungsact in der *praepositio* seinen Willen für Handlungen des Bevollmächtigten haften zu wollen zum Ausdruck bringt. Dass man dabei die Dehnbarkeit des Begriffs „Wille“ ausnützt und den psychischen Act ohne Rücksicht auf seinen Inhalt zum Massstab nimmt, ist leicht begreiflich. Denn der Inhalt des Wollens bei der unbestimmten Absicht, das Gewollte ist gewiss die Haftung für Handlungen des Vertreters, nicht aber die Rechtsfolgen als solche. Es ist nicht einzusehen, wodurch sich die unbestimmte Absicht von einer stillschweigenden Uebernahme der Haftung für Handlungen des Bevollmächtigten unterscheidet, welche letztere in dem Bestellungsact mitbegriffen wird. In der Regel wird dies der Fall sein, der Prinzipal hat gewöhnlich den Willen für das Verhalten des Vertreters einzustehen, der Mitkontrahent ist im vollen Recht das Letztere anzunehmen und handelt nur auf Grund dieser Annahme; was aber wenn der Prinzipal gar nicht haften will oder doch nicht schlechthin, sondern nur dann eintreten will, wenn die Handlungen des Vertreters seinen gewissen Intentionen entsprechen, oder wenn er einer generellen Vollmacht geheime Einschränkungen hinzufügt? Wo kommen wir mit der unbestimmten Absicht hin? Dann läuft die unbestimmte Absicht auf eine Fiction hinaus.

Richtiger ist mit Buchka (Stellvertretung S. 41.) den Grund für die Haftung des Praeponenten in zwei Factoren zu suchen in seinem Willen für die Verträge des Institors einzustehen, welcher sich regelmässig in der *praepositio* äussert, und sodann im materiellen Zusammenhang der von diesem geschlossenen Verträge mit seinem Geschäftskreis und durch diesen mit dem Vermögen des Geschäftsherrn.

Der Wille für die Verträge des Institors einzustehen ist oftmals nur ein vermuthlicher, ein aus den Umständen zu

erschliessender Wille, ein Wille, den nach Verkehrsregeln jeder unvoreingenommene Dritte anzunehmen berechtigt ist; die Vollmacht braucht mithin von einem wirklichen Willen nicht getragen zu werden.

Es erhellt ganz klar, dass die herrschende Lehre nicht im Stande ist die Haftung des Prinzipals für Verträge seines Generellbevollmächtigten durch den inneren auf die Vertragswirkungen gerichteten Willen des Prinzipals zu begründen, dass vielmehr der Grund für die Haftung, im materiellen Zusammenhang der Verträge mit der gesamten Lebens- und Vermögenssphäre des Geschäftsherrn oder wo dies nicht der Fall ist, in Verkehrsbedürfnissen, im guten Glauben und berechtigter Annahme des Dritten, dass dieser Zusammenhang vom Factotum des Geschäftsherrn treffend beurtheilt wurde, zu suchen ist.

Dieselben Grundsätze finden Anwendung auch auf diejenigen Vertragspunkte und Vertragswirkungen, deren Bestimmung der Prinzipal freiem Erntessen des Vertreters überlassen hat. Die Begriffe „spezielle, generelle Vollmacht“ sind höchst relativ; sie bedeuten vielmehr dasselbe, wie die vom Prinzipal bestimmten und unbestimmten Vertragspunkte, der von ihm vorgeschriebene oder der nicht vorgeschriebene Vertragsinhalt.

Bei der generellen Vollmacht muss im Sinne der herrschenden Lehre das geschäftliche Auftreten vom Willen des Vertreters getragen werden; der Wille des Prinzipals wird fingirt.

Bei spezieller Vollmacht, bei dem vorgeschriebenen Vertragsinhalt muss nach der herrschenden Lehre das geschäftliche Auftreten von doppeltem Willen getragen werden dem des Prinzipals und dem des Vertreters. Stimmt das geschäftliche Auftreten mit dem Willen des Vertreters nicht, dann ist der Vertrag nichtig; entspricht es dem Willen des Prinzipals nicht dann liegt Ueberschreitung der Vollmacht (des Auftrags) vor.

Nach der herrschenden Lehre affizirt der Irrthum des Vertreters den Vertrag auch dann, wenn das geschäftliche Auftreten zwar nicht seinem, wohl aber dem Willen des Prinzipals genau entspricht. Wenn die Erklärung des Vertreters zwar nicht seinem Willen, wohl aber dem des Vertretenen

entspricht, dann kommt für den Vertretenen kein Vertrag zu stande. Die herrschende Lehre drückt dies durch den Satz aus „der Stellvertreter erklärt seinen eigenen Willen“. Wir legen viel Gewicht auf diese Lehre der herrschenden Theorie, weil hier am deutlichsten die Inconsequenz des Willensdogmas hervortritt. Die herrschende Lehre sieht den Grund des Vertragsschutzes im psychologischen Willensact des Handelnden als solchem und bestimmt darnach die Wirkungen der Vertragserklärung. Davon ausgehend verfährt sie consequent, wenn sie bei der Stellvertretung das Hauptgewicht auf den rein psychischen Willensact des Vertreters legt, denn der Vertreter erzeugt den dem Vertrag zu Grunde liegenden Willen. Hier zeigt sich am krassesten die extreme Durchführung der herrschenden Willenstheorie. Ist für die Rechtsfolgen der Wille als nackte psychologische Thatsache als innerer Seelenprocess entscheidend, so kommt es natürlich nur auf den Willen des Vertreters an, denn in seiner Seele entsteht der Vertragswille. Die Isolirung des Willens von den Verhältnissen, Bedürfnissen und Interessen des Prinzipals, der formalistische Standpunkt der herrschenden Methode tritt hier sehr auffallend hervor. Wo der Wollende und der Formell-Handelnde an den Vertragswirkungen materielles Interesse hat, da kann das Willensdogma eher seine Stütze finden. Niemals aber, wo wie bei der Stellvertretung der Wollende an den Wirkungen des Vertrags nicht interessirt ist. Nicht das psychologische Wollen als solches kommt in Betracht, sondern als Ausdruck und Spiegel der Interessen und Lebensbedürfnisse des Prinzipals; das psychologische Wollen des Vertreters kommt überhaupt nur in so ferne in Betracht als dasselbe die Interessen des Prinzipals wiedergibt. Der von dem äusseren geschäftlichen Auftreten abweichende innere Wille des Vertreters ist nur insoferne berücksichtigungswürdig, als diese Abweichung auch Loslösung der Vertragswirkungen von Interessen und Lebensverhältnissen des Prinzipals bewirkt. Das letztere ist aber gewiss nicht der Fall, wenn das geschäftliche Auftreten des Stellvertreters den Willen des Prinzipals treu wiedergibt. Die Repraesentationstheorie beachtet diesen innigen Zusammenhang zwischen den Vertragswirkun-

gen und Interessen, Lebens- und Vermögensverhältnissen und Bedürfnissen des Prinzipals nicht.

Die Lehre findet weder im positiven röm. Recht Stütze, noch ist sie vom Standpunkte des sozialen Utilitätsprinzips begründet. Der eminent praktische Sinn der römischen Juristen würde sich niemals ein solches theoretische Urding zu Schulden kommen lassen. Das römische Recht bestimmt auch ausdrücklich, dass in diesem Falle der Irrthum des Vertreters ohne Beachtung bleibt, keine Berücksichtigung verdient.

Fr. 34. D. de. a. et. a. poss. 41. 2. Ulpianus 7. disp.

Si me in vacuum possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem... Sed si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut adquiram possessionem.

Die Stelle spricht zwar nur vom Besitzerwerb, sie kann jedoch auch auf Verträge ausgedehnt werden (Mitteis a. a. O. S. 105.). Man wollte in dieser Stelle den Vertreter als Boten behandeln. Aber Windscheid (Pand 6. Aufl. I. §. 73. N. 21.) gibt diesen Ausweg auf, da ja die Stelle nicht einmal vom Spezialmandat spricht. Und dennoch ist es merkwürdig, wie dieser Schriftsteller, der sonst an der *litera juris* streng festhält, die Sache mit einer einfachen Notiz abfindet, dass die betreffende Entscheidung der römischen Juristen mit seiner Theorie nicht im Einklang steht und die Stelle für eine *crux* erklärt. Noch mehr. Diese Konsequenz, die im Sinne der Repraesentationstheorie unwiderlegbar ist, ist für die an dem Geschäftsabschluss beteiligten Personen weder wünschenswerth noch vortheilhaft. Abgesehen von dem annehmenden Theil, so steht die Annullirung des Vertrags weder im Interesse des Prinzipals noch im Interesse des Vertreters. Der Vertreter verliert den Aufwand an Mühe und Kosten des Vertragsschlusses ohne Regress gegen den Prinzipal, da er ja die Nichtigkeit des Vertrags veranlasst hat, zugleich kann er wegen Nichtausrichtung des Auftrags vom Auftraggeber zur Verantwortung gezogen werden. Für den Prinzipal ist die Annullirung des Vertrags auch gar nicht erwünscht, zumal die Vertragswirkungen seinem Willen entsprechen. Auf diese Weise wird der Vertrag gegen Willen

und Interesse sämtlicher Interessenten annullirt. Entspricht dieses Resultat der Billigkeit?

Treffend bemerkt *Leonhard* (a. a. O. II. S. 502.), dass wenn der Prinzipal und der Dritte über den Kopf der Hilfsperson weg einig sind dh. uebereinstimmende Erklärungen abgeben, die Hilfsperson nicht weiter beachtet wird „denn sie kommt ja nur des Prinzipals wegen in Betracht, und wo dieser selbst ihr die Rolle des Vertragsschliessenden abnimmt, so gilt für sie der Satz „*cedo majori*“. Ein Prinzipal kann irrthümliche Erklärungen des Vertreters dann niemals anfechten, wenn ihr Inhalt demjenigen entspricht, was er, der Prinzipal, durch den Vertragsschluss erreichen wollte, (S. 503. N. 1.)“.

Richtig findet auch *Mitteis* (a. a. O. S. 125.) den Grund für Ausserachtlassung des Irrthums des Vertreters darin, dass die Erklärung dem wahren Willen der Betheiligten entspricht und kein denkbare Interesse des Dritten verletzt ist, wenn man diesen Vertrag für gültig erklärt.

Die Anomalie des Stellvertretungsvertrags kann ferner darin liegen, dass das geschäftliche Auftreten mit dem Willen des Prinzipals nicht übereinstimmt. Dieser Wille gelangt in der Vollmacht zum Ausdruck. Gewöhnlich spricht man in diesen Fällen von der Ueberschreitung der Vollmacht und geht von der Betrachtung aus, dass der Prinzipal nicht über seinen Willen hinaus hafte.

Gewöhnlich wird die Ueberschreitung der Vollmacht mit dem Mangel derselben zusammengestellt und gleichmässig behandelt (*Mitteis* a. a. O. S. 176.). Diese Behandlung ist u. E. unrichtig.

Beim Mangel der Vollmacht steht der Stellvertreter mit dem Vertretenen in gar keinem Rechtsverhältniss; anders bei der Vollmachtsübertretung. Hier schafft die Vollmacht ein gewisses Rechtsverhältniss zwischen Beiden; sie gibt dem Vertreter und seinem Mitcontrahenten den Impuls und die Veranlassung die Verhandlungen zum Vertragsabschluss einzuleiten. Es müssen mithin andere Grundsätze auf den Fall der Ueberschreitung als auf den Fall des Mangels der Vollmacht angewendet werden. Die herrschende Lehre befreit den Prinzipal von jeder Haftung für den Vertrag, wo die

grenzen seines Auftrags nicht eingehalten wurden, lässt den Mitkontrahenten sich bei dem Vertreter wegen seines Schadens erholen.

Die Ansichten gehen hiebei weit auseinander. Die einen Schriftsteller lassen den Stellvertreter aus dem Vertrag auf Erfüllung haften und begründen ihre Ansicht bald durch prinzipielle Entstehung der Obligation in der Person des Vertreters (Bähr Jb. f. Dogm. Bd. I. S. 457.), bald durch Annahme eines stillschweigenden Garantievertrags seitens des Vertreters (Windscheid Pand. I. §. 74. N. 1.) bald durch Schutz des gutgläubigen Dritten (Zimmermann a. a. O. S. 293.). Die anderen Schriftsteller lassen den Vertreter nur wegen des Kontraktsabschlusses auf Schadensersatz haften und zwar entweder nur im Falle einer wirklichen culpa (Mitteis a. a. O. S. 159 fl.) oder schlechthin. Die Höhe des Schadens bestimmt das negat. Vertragsinteresse. Gegen die Befreiung des Prinzipals von jeder Verantwortlichkeit und Anweisung des Dritten an den Vertreter erheben sich schwerwiegende Bedenken. Statt desjenigen, der nach Absicht der Kontrahenten als der materiell Berechtigte und Verpflichtet angesehen wurde, einen anderen zu substituieren, ist für den Dritten unbillig und zu hart. Er hat ja den Vertreter gar nicht als Verpflichteten gewollt, er würde sich vielleicht mit ihm gar nicht eingelassen haben, wenn er gewusst hätte, dass für den Prinzipal aus diesem Vertrag keinerlei Verbindlichkeiten erwachsen werden. Man muss vielmehr einer eingehenden Untersuchung die Frage unterziehen, ob der Prinzipal in gewissen Grenzen nicht auch für den Vertrag über seinen Willen hinaus haften soll. Welche Bedeutung der Wille des Prinzipals für den Stellvertretungsvertrag hat, wie sich das Verhältniss der Vollmacht zum Grundgeschäft gestaltet, diese Frage harret umsonst einer eingehenden Erörterung (Schlossmann der Vertrag S. 124.). Die Theorie Savigny's sieht als den Kontrahenten und juristisch Wollenden nur den Prinzipal an, betrachtet den Vertreter bloss als „Willensorgan höherer Art“.

Besondere Schwierigkeiten bereitet der herrschenden Lehre das Verhältniss der Vollmacht zum Hauptvertrag. Bekanntlich schiebt diese Theorie den Willen des Vertreters in

den Vordergrund hervor und gibt ihm Praeponderanz ja gar gewisse Selbstständigkeit dem Willen des Prinzipals gegenüber. Das Verhältniss beider Willensacte bereitet dieser Theorie unüberwindliche Schwierigkeiten. Bald erkennt man dem Vollmachtswillen nur einen accessorischen Charakter zu und behandelt ihn nach Analogie der Bedingung oder Voraussetzung (Zimmermann), bald vindicirt man demselben die Bedeutung eines von dem Willen des Vertretenen verschiedenen (entscheidenden) Momentes (Karlowa¹⁾), bald betrachtet man selben als Element des Grundgeschäfts (Mitteis). Gewöhnlich fasst man das Verhältniss des doppelten Willens so auf, dass über den Inhalt des Vertrags das „Wie“ der Vertragswirkungen nur der Wille des Vertreters entscheide, dagegen für die Existenzfrage des Vertrags das „Ob“ der Vertragswirkungen sowohl der Wille des Prinzipals als auch des Vertreters massgebend sei.

Im Sinne der Repraesentationstheorie bestimmt sich der Inhalt des Vertrags sodann die Beschaffenheit der Vertragswirkungen lediglich nach dem Willen des Vertreters. Der Wille des Prinzipals entscheidet (neben dem Willen des Vertreters), ob diese Wirkungen für den Prinzipal überhaupt eintreten sollen oder nicht. Diese Grundsätze werden von der herrschenden Lehre mit unerbittlicher Strenge durchgeführt. Entspricht das geschäftliche Auftreten dem Willen des Vertreters oder dem Willen des Prinzipals nicht, dann ist der Vertrag nichtig. Die Rechtswirkungen bestimmen sich nach der harmonischen Einheit des Willens und des geschäftlichen Auftretens des Vertreters, haben den Willen des Prinzipals bloss zur Voraussetzung, zur unerlässlichen Vorbedingung (Leonhard II. S. 357.²⁾).

¹⁾ Karlowa (Rechtsgeschäft und seine Wirkung) unterscheidet zwischen konstituierenden und entscheidenden Momenten einerseits und zwischen Existenz (Bestand) des Vertrags und Wirkungen eines Rechtsgeschäfts andererseits, die ersteren Momente begründen den Bestand eines Rechtsgeschäfts, die letzteren dessen Wirkungen. Die Vollmacht gehört nach der Ansicht dieses Schriftstellers zu den entscheidenden Momenten und entscheidet bloss über die Wirkungen des Vertrags.

²⁾ Leonhard (II. S. 489. ff.) unterscheidet zwischen dem Vertragsinhalt (lex contractus) und der Erklärung, dass dieser Vertragsinhalt gelten

Die Lehre verkennt jedoch die Bedeutung der Vollmacht für den Stellvertretungsvertrag. Die letztere hat doppelte Bedeutung und doppelte Bestimmung. Sie ist zuerst Instruction für den Vertreter, wie er das Geschäft ausrichten soll, sie ist sodann Kundgebung des Willens des Vertretenen, das rechtlich erhebliche und für die Vertragswirkungen massgebende äussere Auftreten des Prinzipals. Das äussere geschäftliche Auftreten des Prinzipals in der Vollmacht stellt sich dem Mitkontrahenten als Ausdruck seines inneren Willens dar, und bestimmt für ihn den Inhalt des abzuschliessenden Vertrags.

Die Vollmacht bestimmt den Antheil des Vertretenen an dem geschäftlichen Auftreten des versprechenden Theils. Dem Dritten gegenüber kommt die Vollmacht insoferne in Betracht, als sie manifestirt wurde. Der Umfang der Vollmacht bestimmt sich nicht nach dem rein inneren psychologischen Willen, sondern nach dem äusseren Auftreten und Benehmen des Prinzipals. Das Prinzip der Erklärungstheorie, wonach über die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts der äussere Thatbestand im objectiven, jedem unbefangenen Dritten erkennbaren Sinne entscheidet, gilt nicht bloss für Verträge, sondern für Willenserklärungen, welchen ein Dritter entgegensteht, die also andere Personen zu einem bestimmten Handeln zu bewegen haben, denselben gesellschaftlichen Erfolg wie Vertragserklärungen hervorrufen sollen. Die Vollmacht nach Massgabe der äusseren Manifestation berechtigt den Dritten zu der begründeten Annahme, dass das äussere Auftreten in der Vollmachtserklärung treuer Ausdruck eines bestimmten Wunsches des Prinzipals, ist eines Wunsches nämlich, der nach der im gesellschaftlichen Leben geltenden Auffassung mit einem derartigen Auftreten und Benehmen gewöhnlich verbunden zu werden pflegt, der auf Grund dieser Annahme vom Dritten in der That der äusseren Handlung subsumirt wird, und auf seine Vermögenssphäre nach diesem Massstab einwirkt.

solle (Unterwerfungserklärung). Die *lex contractus* verfasst der Vertreter; die Vollmacht entscheidet bloss darüber, dass der vom Vertreter zu bestimmende Vertragsinhalt für den Vollmachtsgeber gelten solle.

Der innere vom geschäftlichen Auftreten abweichende Wille des Vertretenen kommt nur als Hinderniss als negatives, aufhebendes und modificierendes Moment und nur nach den Irrthumsregeln in Betracht. Eine Divergenz zwischen dem äusseren Auftreten in der Vollmachtserklärung und dem inneren Willen des Prinzipals bewirkt nicht die Nichtigkeit der Vollmacht, wie dies die herrschende Lehre behauptet, und in der Folge auch die Nichtigkeit des auf die Vollmacht gestützten Stellvertretungsvertrags, im Gegentheil gilt die Vollmacht nach Massgabe der äusseren Handlung und der an dieselbe geknüpften Wirkungen, der Wille kommt nur als negatives Moment aber nur da in Betracht, wo er berücksichtigungswürdig ist. Es folgt daraus, dass die Vollmacht nicht bereits dann überschritten wird, wenn der Wille des Vollmachtgebers von dem geschäftlichen Auftreten abweicht. Denn die Vollmacht kann trotz eines divergirenden inneren Willens gültig sein. Um zu beurtheilen, ob die Vollmacht überschritten wurde oder nicht, soll man nicht den Willen des Prinzipals mit dem Willen des Vertreters vergleichen, sondern das geschäftliche Auftreten behufs Vollmachtsbeschaffung mit dem geschäftlichen Auftreten des Vertreters in Bezug auf den Stellvertretungsvertrag — beides in seiner objectiven Bedeutung. Wo das geschäftliche Auftreten des Vertreters von dem geschäftlichen Auftreten des Prinzipals in der Vollmachtserklärung abweicht, wo das geschäftliche Auftreten des Stellvertreters keine sinngetreue Reproduction der Vollmachtserklärung ist, erst da kann man von der Ueberschreitung der Vollmacht reden.

Die Vollmachtserklärung kann vom Prinzipal persönlich (z. B. schriftlich) und direct an den Dritten abgegeben werden, oder aber der Prinzipal kann sich dabei einer Mittelsperson bedienen und zwar entweder einer anderen als des Stellvertreters oder der Stellvertreter hat nicht nur die Vertragserklärung abzugeben, sondern auch dem Dritten gegenüber die Vollmachtserklärung zu beschaffen. Man muss unterscheiden, ob die Vollmacht an den Dritten direct erklärt wird oder aber ob sie an den Bevollmächtigten ergeht der Dritte also von dem Letzteren über Existenz und Umfang der Vollmacht in Kenntniss gesetzt wird. Im ersteren Fall sind

die Vollmachtserklärung und Vertragserklärung von einander losgetrennt, das äussere Auftreten abgesondert, der Dritte kann die Ueberschreitung leicht konstatiren. Kontrahirt der Vertreter auf Grund einer schriftlichen Vollmacht dann gilt das Geschriebene im objectiven Sinne als Ausdruck des Willens des Vollmachtgebers schlechthin ¹⁾, der abweichende innere Wille kommt nur nach Irrthumsregeln in Betracht. Dies folgt bereits aus der prinzipiell verschiedenen Behandlung der schriftlichen Willenserklärungen einerseits und der mündlichen andererseits. Ergeht die Vollmacht an den Dritten direct und zwar vom Prinzipal mündlich oder durch eine Mittelsperson, und wird die Erklärung verstümmelt, dann ist die Vollmacht und in der Folge auch der Stellvertretungsvertrag nach der herrschenden Lehre nichtig, der Schutz des gutgläubigen Dritten verlangt jedoch, dass dem Anerklärten wenigstens der Schaden, den er dadurch leidet, dass er sich auf das Zustandekommen des Vertrags verlassen und demgemäss gehandelt hat, vergütet wird — und es entsteht die Frage, an wen der Dritte mit seinem Schadensersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse zu verweisen sei.

Den Dritten auch hier an den Vertreter mit seinem Schadensersatzanspruch anzuweisen, wäre für den Vertreter unbillig, er hat ja die Vollmacht sinngetreu reproducirt die Grenzen der letzteren gemäss dem geschäftlichen Auftreten genau eingehalten; die Anomalie des Vertrags hat in der Person des Vollmachtgebers ihre Quelle.

Das charakteristische Merkmal der Vollmacht ist, dass dieselbe als Willensäusserung keine selbständigen Wirkungen hat, vielmehr zu „Hilfsgeschäften“ (Leonhard a. a. O. II. S. 358) gehört; sie ist wie „die Offerte die Theilursache eines späteren Rechtserfolgs, für sich bringt sie die beabsichtigte Wirkung nicht hervor (Zitelmann a. a. O. S. 297); durch die Vollmacht wird eine Veränderung in der Rechtswelt nicht bewirkt, sondern nur eine andere Thatfache mit rechtserzeugender Kraft ausgestaltet, deren sie an und für sich entbehrt

¹⁾ Vgl. Dernburg Preuss. Privatr. I. S. 115 „die schriftliche Vollmacht gilt dem Dritten gegenüber, welcher auf Grund derselben contrahirte, schlechthin als Ausdruck des Willens der Vollmachtgebers.

(Windscheid Pand I. §. 69 Nr. 1. N. 4.). Hat nun die Vollmacht keine selbständigen Wirkungen an und für sich, äussert sich ihre Wirkung vielmehr an einem anderen Rechtsgeschäft, dann muss der Vollmachtgeber sowohl positive Wirkungen (Haftung auf Erfüllung) als auch negative (Vertragsinteresse) nach der herrschenden Lehre gegen sich gelten lassen, sowohl der normale als auch der anomale Stellvertretungsvertrag muss für ihn Wirkungen hervorrufen, vollends wenn Anomalie die Vollmacht betrifft, kurz es müssen Wirkungen sowohl eines normalen als auch eines anomalen Stellvertretungsvertrags auf die Vollmacht reagiren, und den Vollmachtgeber als Urheber der Vollmachtserklärung treffen.

In diesem Fall haftet der Prinzipal nach der herrschenden Lehre auf das negat. Vertragsinteresse nach der Erklärungstheorie auf Erfüllung und kann seinen abweichenden Willen im Wege der Anfechtung und nur nach Irrthumsregeln geltend machen. Wir haben bereits oben bemerkt, dass es für die Existenz und Wirksamkeit der Vollmacht vollkommen ausreiche, wenn die Vollmachtserklärung dem Vertreter gegenüber abgegeben wird, so dass der Dritte aus dem Munde des Vertreters über Bestand und Inhalt der Vollmacht Kunde erhält. Der Vertreter versieht sodann doppelten Dienst. Er überbringt die Vollmachtserklärung und beschafft sie dem Dritten gegenüber, sodann schliesst er auf Grund dieser Vollmacht den Vertrag ab. In Bezug auf die erstere Thätigkeit vollzieht er dasselbe, was die herrschende Lehre als Botenthätigkeit bezeichnet, er ist bloss „Träger fremden Willens“. Als solcher tritt er auch dem Dritten gegenüber auf. Treffend bemerkt Leonhard (a. a. O. II. S. 500). „Wenn die Vollmacht nicht direct an den Dritten geht, sondern durch den Vertreter übermittelt wird, ist der Stellvertreter hinsichtlich derselben als Botē zu behandeln“ Der Vertreter beschafft die Vollmachtserklärung dem Dritten gegenüber, sein geschäftliches Auftreten in Bezug auf die Beschaffung der Vollmachtserklärung und in Bezug auf die Abgabe der Vertragserklärung fliesst in einem einzigen Act zusammen. Wenn A in einen Kaufladen kommt und dem Geschäftsmann berichtet „Ich kaufe für X der mich dazu bevollmächtigt hat, 100 Kg. Kaffee so reproduzirt er den Vollmachtswillen und erklärt den rechtsgeschäftli-

chen Willen zugleich. Dem Dritten gegenüber erscheint diese Erklärung als Ausdruck des Willens des Prinzipals, er hat keine Kriterien für die Beurtheilung, ob die Vollmacht überschritten ist oder nicht. Er muss sich vielmehr auf die Angaben des Vertreters verlassen dürfen, und muss in seinem Vertrauen geschützt werden. Der Vollmachtgeber muss für die Verunstaltung der Vollmachtserklärung nach denselben Grundsätzen haften, wie der Absender für falsche Uebermittlung seiner Erklärung durch den Boten. An und für sich hat jedoch die Vollmacht keine Wirkungen sie äussert ihre Wirkung bloss an dem Grundvertrag. Der Prinzipal muss also die Wirkungen der entstellten Vollmachtserklärung dh. die Wirkungen des anomalen Stellvertretungsvertrags gegen sich gelten lassen.

Nach der herrschenden Willenstheorie ist der auf diese Art anomal gestaltete Stellvertretungsvertrag nichtig; der Prinzipal wäre jedoch verpflichtet dem Dritten das negative Vertragsinteresse zu vergüten. Leonhard lässt den Prinzipal nur bei fahrlässiger Vollmachtsüberschreitung haften nicht aber auch bei der wissentlichen (dolosen), da die wissentliche Ueberschreitung nicht auf den Impuls des Prinzipals erfolgt. Die Haftung begründet dieser Schriftsteller durch culpa in contrahendo des Prinzipals „weil er sich für die Beförderung des jussus eines ungeeigneten Werkzeuges bedient hat.“ (a. O. II. S. 500 N. 1.). Was den Einwand anbelangt, dass die wissentliche Ueberschreitung vom Prinzipal nicht mittelbar verursacht wurde, vielmehr das „Ergebniss eines selbständigen Willensactes des Boten“ ist, haben wir bereits oben bemerkt, dass es sich nicht darum handelt, ob die Erklärung auf Impuls des Prinzipals gefälscht (verunstaltet) wurde, denn dies kann ebensowenig im Fall der culposen Ueberschreitung behauptet werden, sondern ob sie auf seinen Impuls überhaupt abgegeben wurde; das Letztere ist gewiss auch bei der dolosen Ueberschreitung der Fall.

Liegt ferner der Grund der Haftung des Prinzipals in der Verwendung des Vertreters als „eines ungeeigneten Werkzeuges“ (culpa in contrahendo), so ist das Werkzeug ungeeignet nicht nur, wenn es die Vollmacht fahrlässig, sondern auch wenn es dieselbe dolos und wissentlich verunstaltet.

Diejenigen Anhänger der herrschenden Lehre, welche dem Mitkontrahenten einen Schadensersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse gewähren, haben die Anwendung ihrer Lehre auf die Stellvertretung nicht ausgeführt.

Ihering, der auch hier mit seiner Theorie über culpa in contrahendo operirt, bemerkt nur ohne genauer einzugehen, dass die Frage, wen die Haftung auf das negative Vertragsinteresse trifft, davon abhängt, wer als Kontrahent anzusehen sei. „Ist man der Ansicht, dass er (der Vertreter) selbst kontrahirt, so gelten für ihn die Grundsätze über contractliche culpa; ist man der Ansicht, dass er bloss den durch ihn bloss individuell bestimmten Willen des Mandanten mittheilt, so ist letzterer der Contrahent und der Stellvertreter nimmt die rechtliche Stellung des Boten ein, haftet also dem Dritten nicht für culpose Ueberschreitung der Vollmacht“ (a. a. O. S. 54). Wer im letzteren Fall dem Mitkontrahenten den Schaden zu ersetzen habe, sagt Ihering ausdrücklich nicht, da er aber den Stellvertreter als Boten behandelt, so wird ebenso wie beim Boten der Prinzipal haften. Ihering ist vor dem Dilemma „Prinzipal oder Vertreter“ stehen geblieben ohne die Frage zu entscheiden. Die Frage, wer Kontrahent sei, lässt sich nicht entscheiden; es fehlt an zuverlässigen Kriterien, materiell betheiligt sich am Vertrag nur der Prinzipal, formell dh. durch Vertragsabschluss beide der Prinzipal und Vertreter. Vom Standpunkte des Dritten aus kann nur die Haftung des Prinzipals den Verkehrsbedürfnissen gerecht sein.

Der Prinzipal also wäre nach der herrschenden Lehre Derjenige, der dem Dritten den Schaden, das negative Vertragsinteresse zu vergüten habe. Auch hier erheben sich gegen das negative Vertragsinteresse dieselben Bedenken, ungenügender Schutz des Dritten, Unbestimmbarkeit der Höhe des Schadens Abhängigkeit derselben vom freien Ermessen des Richters ohne dem Letzteren irgend welche Anhaltspunkte anzugeben. Auch die Begründung des Schadensersatzanspruchs kann uns nicht zufrieden stellen. In der Verwendung der Mittelsperson schlechthin kann noch keineswegs die Schuld culpa in contrahendo erblickt werden. Würde man den Schadensersatzanspruch dem Dritten nur dann zusprechen, wenn dem Prinzipal eine wirkliche Schuld zugerechnet werden könnte, dann würde

der Prinzipal nur wegen culpa in eligendo in Anspruch genommen werden können. Die Veranlassungstheorie gibt auch keinen befriedigenden Ausgang, dann nämlich nicht, wenn der Gehilfe bei dem Vertragsabschluss sich eine Fahrlässigkeit zu Schulden hat kommen lassen; denn gewiss kann von zwei Personen, von denen die eine schuldlos ist die andere in culpa versirt, die Verantwortung für den Schaden nicht dem Schuldlosen aufgebürdet werden. Wir stellen uns in der Frage über den Einfluss des Irrthums beim Stellvertretungsvertrag auf den Standpunkt der Erklärungstheorie.

Nach dieser Auffassung bildet das geschäftliche Auftreten des Stellvertreters im Grundgeschäft einerseits und das geschäftliche Auftreten des Prinzipals in der Vollmacht (welches bekanntlich auch der Vertreter als Bote beschaffen kann) andererseits als Einheit betrachtet das gesammte geschäftliche Auftreten, den äusseren Thatbestand des Stellvertretungsvertrags. Dies gesammte geschäftliche Auftreten insoferne es sich als Ausdruck eines bestimmten typischen Wunsches, Willens dh. eines Willens, den einem solchen Benehmen jeder objective Beobachter, jeder unbefangene Dritte nach der Auffassung des gesellschaftlichen Lebens zu unterlegen pflegt, ist für die normalen Vertragswirkungen bestimmend und massgebend. In diesem Sinne das geschäftliche Auftreten zu nehmen ist der Mitkontrahent vollkommen berechtigt, auf Grund dieser Annahme richtet er seine Handlungen, trifft Massregeln und Vorkehrungen behufs Erfüllung des Vertrags, kurz das geschäftliche Auftreten in diesem Sinne ruft den gesellschaftlichen Erfolg, übt Einfluss auf die Lebens- und Vermögenssphäre des Anerklärten, und diesen Erfolg nimmt die Rechtsordnung zur Richtschnur für die Vertragswirkungen. Der doppelte innere Thatbestand der Wille des Vertreters und des Prinzipals insoferne derselbe vom äusseren Thatbestand abweicht kommt mit hemmender aufhebender und modificirender Wirkung als Hinderniss, negatives Thatbestandsmoment und nur nach Irrthumsregeln in Betracht. Das Bestreitungsrecht steht nur dem Prinzipal und nur unter gewissen Voraussetzungen zu.

Dass diese Lösung der Frage für das oesterr. Recht die allein richtige ist, erweist sich aus der Structur des Vertrags

im allg. bürgerl. Gesetzbuch, aus der Behandlung des Irrthums bei obligatorischen Verträgen, endlich aus den Grundsätzen über die Vollmacht. Nach §. 1017 hat „geheime“ Vollmacht auf die Rechte und Verbindlichkeiten des Dritten keinen Einfluss. Hat der Vertreter innerhalb der Grenzen der offenen Vollmacht kontrahirt, so kommen die dadurch begründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu. Offen ist die Vollmacht dann, wenn sie an den Dritten, sei es direct oder durch Vermittlung des Gewalthabers gelangt; geheim, wenn der Dritte von der Vollmacht keine Kenntniss hat. Der abweichende innere Wille des Prinzipals in Bezug auf die Vollmacht kann nur als geheime Vollmacht angesehen werden und hat als solche keine Bedeutung. Es wird gemeiniglich die Bestimmung des römischen Rechts, dass eine neben der Vollmacht dem Vertreter ertheilte geheime Instruction auf die Rechte des Dritten keinen Einfluss hat, zur Begründung der Erklärungstheorie angeführt. Kohler sieht hier ein Beispiel der Mentalreservation (Mentalreservation und Simulation Jb. f. Dogm. Bd. 16. S. 343). Windscheid zieht aus dieser Ansicht die Consequenz, dass der geheimen Instruction diese Bedeutung nur dann zukommen soll, wenn der Widerspruch zwischen Vollmacht und Instruction aus Arglist erfolgt, nicht auch wenn die geheime Instruction in gutem Glauben gegeben wird. Diese Ansicht ist unrichtig. Dies hängt vor allem davon ab, was man unter Mentalreservation versteht. Versteht man unter Mentalreservation nur den Fall einer dolosen Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung dann ist diese Ansicht unbegründet. Denn die geheime Instruction ist für die Rechte des Dritten ohne Einfluss nicht, weil sie einen dolus involvire, sondern weil die berechnete Annahme des Anerklärten und der Schutz des gutgläubigen Verkehrs die Nichtbeachtung der geheimen Instruction erheischen. Die Einschränkungen der Vollmacht kommen nur in so ferne in Betracht als der Mitkontrahent sie gekannt hat oder hätte kennen müssen, vor allem wenn der Prinzipal dieselben allgemein kundgemacht oder dem Gegner speziell mitgetheilt hat. Die unter den Handelsrechtslehrern bestrittene Frage, ob die Einschränkungen der Vollmacht (Procura, Vollmacht des Vorstands der Actiengesellschaft) auch dann ungiltig sind, wenn sie der Dritte kannte oder kennen

musste, lässt sich dann beantworten, wenn man den inneren Grund, um dessen willen die Einschränkungen keinen Einfluss üben sollen, in Betracht zieht. Liegt der Grund, das legislatorische Motiv dieser Gesetzesvorschrift im Schutz des Verkehrs, Schutz des gutgläubigen Mitkontrahenten, so gelangt der Grundsatz da nicht zur Geltung, wo die bona fides weicht, wenn also die Einschränkung der Vollmacht dem Anerklärten bekannt war oder bekannt sein musste; denn die Interpretation der Gesetzesvorschriften soll niemals über das legislatorische Motiv hinausgehen ¹⁾.

Zur Begründung der Erklärungstheorie werden aus der Stellvertretungslehre Bestimmungen des röm. und gemeinen (auch des oesterr. Rechts) angeführt, denen zufolge die Erlöschung der Vollmacht durch Tod des Gewaltgebers oder Widerruf erst dann zur Geltung gelangt, wenn dem Dritten diese Thatsachen bekannt sind oder bekannt sein müssen (§. 1026). Hier hat die Vollmachtserklärung volle Wirkung, obwohl sie von dem inneren Willen des Prinzipals nicht mehr getragen wird. Diese Bestimmungen des Gesetzes fallen durchaus im Sinne der Erklärungstheorie und gegen die Willenstheorie aus; es ist nun nach Grundsätzen über die Vertheilung der Beweislast Sache der Anhänger der Willenstheorie die Singularität dieser Bestimmungen zu erklären. Geschickt versucht Zitelmann (Jb. f. Dogm. Bd. 16 S. 390 ff.) diese Frage aus der Irrthumslehre auszuschneiden. Er behauptet, dass die Absicht zwar für die Hervorbringung der Rechtswirkung nothwendig sei, aber die Fortdauer der Rechtswirkung von der Fortdauer der Absicht nicht abhängig sei „so wie die Kugel infolge eines einmaligen Anstosses in die Ewigkeit rollen würde, wenn nicht andere Ursachen ihren Lauf beendigten“. Die Zurücknahme des Willens sei eine neue Willenserklärung, die eine neue Wirkung erzeugt, diese neue Wirkung sei Auf-

¹⁾ Ausführlich darüber ROHG. V. Nr. 47. S. 207 ff. Wenn man sich hier darauf beruft, dass der Dritte mala fide handelt, weil er eben nur gewusst hat, dass eine Beschränkung gewollt ist, welche das Gesetz für ungültig erklärt, so dreht man sich im Zirkel, weil man für die Interpretation des Gesetzes dasjenige als feststehend annimmt, was erst durch Interpretation gefunden werden soll. Man lässt den Laien dasjenige wissen, was die Juristen erst durch Interpretation zu gewinnen trachten.

hebung der durch die erste Willenserklärung eingetretenen Rechtswirkung, diese neue Willenserklärung unterliege den Erfordernissen jeder Willenserklärung überhaupt und zudem noch besonderen Erfordernissen, hier dem Wissen des Erklärungsempfängers. Erst in diesem Moment, wo das Wissen vorliegt, wird die neue Willenserklärung wirksam, bis zu diesem Moment bleibt der frühere Rechtszustand bestehen. Diese Entscheidung sei also nicht im Stande das Prinzip der herrschenden Lehre zu erschüttern, stehe vielmehr ganz auf dem Boden der herrschenden Lehre“. Wie sehr auch diese Argumentation den Anschein der Logik für sich hat, ist sie doch verfehlt. Zitelmann verkennt, dass die Vollmacht an und für sich keine Wirkungen erzeugt, dass die Wirkungen der Vollmacht nicht mit der Vollmachtserklärung existent werden, sondern erst mit dem Stellvertretungsvertrag in's Leben treten, dass sie also nicht eine „rollende Kugel“ sondern eine Kugel im Zustande der Ruhe ist und dass sie den Anstoss erst im und durch den Stellvertretungsvertrag erhält; vor dem Stellvertretungsvertrag erzeugt die Vollmacht keine Wirkungen; im Momente des Vertragsschlusses werden auch Wirkungen der Vollmacht in's Leben gerufen, aber dann besteht der innere Vollmachtswille nicht mehr, die Wirkungen des Stellvertretungsvertrags werden mithin bloss von dem äusseren Auftreten getragen. Es kann mithin von bereits bestehenden Rechtsfolgen nicht mehr die Rede sein. Auch nach Windscheid handelt sich in diesen Fällen um das Aufhören des Willens, welcher früher vorhanden war und sodann um Schutz gegen Vermögensverlust. „Die Aufopferung, welche in diesem Falle gemacht worden ist, besteht darin, dass einem Menschen Kredit gegeben worden sein würde, wenn nicht angenommen wäre, dass hinter ihm ein Zahlungsfähiger als zweiter Schuldner stehe“ (Wille und Willenserklärung Arch. f. civilist. Pr. Bd 63 S. 92). Wenn hier der Vertrag deshalb aufrechterhalten werden sollte, um den Dritten gegen Vermögensverlust zu schützen, so ist dem gegenüber zu bemerken, dass der Ersatz dieser Aufopferung nicht nothwendig in Aufrechterhaltung des Vertrags sondern auch im Schadensersatz bestehen könnte, sodann dass bei Divergenz des Willens von der Erklärung ebenfalls die Aufopferung und Vermögensverlust darin bestehe, dass dem Er-

klärenden Kredit gegeben wird, welcher ihm nicht gegeben worden sein würde, wenn nicht angenommen wäre, dass die Erklärung seinem Willen entspreche.

Willens- und Vorstellungsmomente des Concipienten.

Unter dem allgemeinen Begriff „Concipient“ verstehen wir eine Hilfsperson, welcher vorzugsweise die Aufgabe obliegt, den Inhalt des abzuschliessenden Vertrags festzustellen. Diese Mittelspersonen werden öfters bei schriftlichen Vertragserklärungen zugezogen. Anwälte, Notare welche derartige Vertragserklärungen aufnehmen, haben die Parteien über die Rechtswirkungen nicht in ihrer juristischen Construction, sondern in praktischer Lebensauffassung aufzuklären, dieselben über ihren Willen zu befragen, sodann die Vertragsbestimmungen in juristischer Konstruktion aufzuzeichnen. Correspondent eines Kaufmanns, der schriftliche Vertragserklärungen abgibt, ist auch Verfasser der *lex contractus*, da seine Vertragserklärungen mit Unterschrift des Chefs versehen an dritte Personen gesendet werden und zur Grundlage für den Vertrag dienen. Die Hilfsthätigkeit des Verfassers der *lex contractus* charakterisirt sich dadurch, dass der Concipient dem Dritten gegenüber gar nicht auftritt, dass er mit ihm in keinen directen Contact kommt; die Person des Concipienten ist dem Dritten meistentheils unbekannt.

Deshalb kommen die Umstände, welche der Person des Gehilfen, seinem Inneren entnommen werden, zB. Wissen, *mala fides* etc. gar nicht in Betracht. Dennoch können die Willens- und Vorstellungsmomente des Concipienten auf den Vertrag von Einfluss sein. Vor allem kommt hier die Interpretation der Vertragsbestimmungen in Frage.

Nach der herrschenden Theorie sind für die Interpretation die individuellen Willens- und Vorstellungsmomente des Erklärenden massgebend. Man soll dem wahren Willen des Erklärenden auf die Spur kommen und zu diesem Zweck gelangt man, wenn man individuelle Willens- und Vorstellungsmomente, individuelle Sprachgewohnheit des Erklärenden beachtet.

Wird zum Vertragsabschluss der Verfasser der *lex contractus*, der Concipient zugezogen, so entsteht die Frage, wessen Individualitäten für die Auslegung massgebend sind die des Gehilfen oder des Kontrahenten. Freilich wird man für die Interpretation vor allem die Momente, desjenigen in Betracht ziehen, der die Unterschrift gesetzt hat — was aber dann, wenn der Unterfertiger den Vertragsinhalt gar nicht gelesen, oder zwar gelesen aber nicht verstanden hat (z. B. ein Bauer, dem ein notarieller Act vorgelesen wird, versteht gewiss sehr wenig daraus) — wie kann man seine individuellen Vorstellungen und Auffassungen in Betracht ziehen, da doch dieselben bei ihm gar nicht vorhanden waren? Die Frage ist nur von Leonhard (a. a. O. I. S. 189) berührt worden. „Wo die *lex contractus* aus dem Kopfe eines anderen herrührt z. B. Vertreters Verfassers des von den Parteien benützten Formulars. da wird der Inhalt der Vertragsnorm nicht nach der Rede und Denkweise der Parteien, sondern nach derjenigen dieses dritten Urhebers der *lex contractus* bestimmt werden müssen. Gebraucht der Verfasser der *lex contractus* Ausdrücke *laesio enormis*, in diem *addictio*, so kommt darauf an, was er der Jurist darunter verstand. Fügt er stillschweigende Bedingung so gilt diese, auch wenn sie in der Seele der Hauptkontrahenten nicht zum Bewusstsein kam“. (ebd. II S. 499). Leonhard unterscheidet den Vertragsinhalt und die Erklärung dass er gelten soll, die Unterwerfung unter den Vertragsinhalt streng von einander. Verfassung der *lex contractus* und die Erklärung dass sie gelten soll, seien verschiedene Functionen, sie können in einer Person verbunden werden aber auch getrennt werden. Jede dieser Erklärungen müsse für sich interpretirt werden, jede aus der Seele Desjenigen, welcher sie abgegeben hat (S. 498.).

Die Frage, ob sich der Kontrahent der *lex contractus* schlechthin oder bedingungsweise unterwirft wird aus seiner Seele eruirt, die Frage welche Vertragswirkungen der Verfasser der Urkunde seinem Schützlinge zuwendet, aus seiner Seele.

Diese Ansicht des genannten Schriftstellers hängt mit seiner Auffassung über die Interpretationsfrage überhaupt zusammen. Nach Leonhard beginnt die Interpretation der

Verträge mit Erforschung des Individuellen und geht allmählich zum Abstracten, Typischen über. Seine Theorie unterscheidet sich von der herrschenden Lehre dadurch dass sie nicht, wie jene die Verträge vom Standpunkte des Erklärenden sondern vom Standpunkte des Anerklärten interpretirt. Nach der Ansicht Leonhards wäre der Thatbestand des Vertrags keine konstante Grösse, er bewegt sich vielmehr zwischen dem Individuellen und dem Typischen je nachdem das eine oder das andere für den Destinatär erkennbar ist. Gegen diese Theorie erheben sich schwerwiegende Bedenken. Stimmt das Individuelle mit dem Typischen überein, so kommt es auf das erstere gar nicht an und es macht keinen Unterschied, ob man das eine oder das andere für Vertragswirkungen als massgebend ansieht.

Weicht aber das Individuelle von dem Typischen ab, so dient nur das letztere als Masstab für die Rechtsfolgen.

Das Individuelle kann, auch wenn es erkennbar ist, nicht zum Masstab für die Rechtsfolgen genommen werden. Dasselbe muss dem Typischen gegenüber andere Bedeutung haben.

Dem Individuellen kommt andere Bedeutung in Bezug auf dessen Sichtbarkeit. Es hängt vom Erklärenden ab, ob er seine individuellen Willensentschlüsse, Auffassungen und Vorstellungen vorbringen will. Wenn der Erklärende ein bestimmtes Wort in einer von der gewöhnlichen abweichenden Bedeutung gebraucht, so kann dies für den Vertrag nur dann bestimmend sein, wenn er sich darauf beruft und diese von der gewöhnlichen abweichende Bedeutung geltendmacht. Gegen seinen Willen auch wenn es an's Licht gebracht werden könnte, kann das Individuelle nicht geltendgemacht werden; denn in dem Verschweigen, im Unterlassen der Berufung und Geltendmachung der abweichenden individuellen Momente liegt freie Disposition über eigene Privatrechte, Verzicht und Anerkennung und diese Dispositionsbefugnisse können nicht geschmälert werden. Die Voraussetzung für Geltendmachung des Individuellen ist die Berufung des Erklärenden. Ferner unterscheidet sich das Individuelle vom Typischen in Bezug auf Wirkungen. Dem Individuellen kommt meistentheils nur negative, hindernde, aufhebende oder modi-

ficiierende Wirkung zu, konstituierende Wirkung hat dasselbe nicht. Der weitere Unterschied besteht darin, dass für die Berücksichtigung des Individuellen dessen Erkennbarkeit seitens des Destinatärs erfordert wird. Nicht erkennbares Individuelles kommt gar nicht in Betracht; das Typische ist als solches auch erkennbar.

Bei so wichtigen Unterschieden kann nicht behauptet werden, dass sowohl das eine als auch das andere für Vertragswirkungen gleiche Bedeutung hat. Unser Standpunkt ist, dass die Vertragswirkungen in thesi nach dem Typischen beurtheilt und festgestellt werden müssen; das Individuelle kommt zur Berücksichtigung nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur im beschränkten Umfang.

Die Inconsequenz zeigt sich am besten bei Vertragserklärungen, denen mehrere Destinatäre gegenüberstehen z. B. mehrere Erben des Anerklärten oder bei Correalobligationen mehrere Gläubiger oder Schuldner. Dann würde der Vertrag jedem Destinatär gegenüber verschiedene Wirkung haben, je nachdem das Individuelle dem einen oder anderen erkennbar war oder nicht. So stehen wir vor der Abnormität, dass eine Thatsache dem einen gegenüber andere Bedeutung hat als dem anderen gegenüber. Dieser Schwierigkeiten ist sich Leonhard bewusst (I. S. 174.), sie lassen sich von seinem Standpunkte nicht beseitigen, zumal dieser Schriftsteller blos in Bezug auf Testamente eine allgemeingiltige Regel aufstellt.

In Bezug auf die Interpretationsfrage müssen wir unterscheiden zwischen mündlichen und schriftlichen Vertragserklärungen. Bei schriftlichen Vertragserklärungen nimmt das äussere geschäftliche Auftreten eine konstante Gestalt an, welche gegenüber der späteren Reproduction von möglichen Modificationen geschützt wird. Auch sind für die objective Interpretation genug Kriterien vorhanden in dem Inhalt der Urkunde, in geschriebenen Worten und ausgedrückten Gedanken. Mit Hilfe einer Urkunde kann man den Inhalt eines Vertrags eruiren ohne andere Hilfsmittel ohne die eine oder andere Partei befragen zu brauchen. Alles was die Parteien vorbringen und was sich aus der Urkunde nicht deduciren lässt, gehört zum Inhalt des Vertrags nicht, bildet keine konstitutiven Thatbestandsmomente des Vertrags. Die Momente,

welche aus der Urkunde nicht herausgebracht werden können, kommen bloss als innere Momente in Betracht und finden in demselben Umfang und unter den nämlichen Voraussetzungen wie alle inneren Momente Beachtung.

Anders bei mündlichen Vertragserklärungen. Hier hat das geschäftliche Auftreten keine konstante Form, im Gedächtniss im Kopfe der Partei verbleibt bloss der reine Gedanke als solcher und nicht dessen Einkleidung in Worte oder Zeichen. Bei mündlichen Vertragserklärungen fehlt es an zuverlässigen Kriterien für die objective Interpretation; das äussere geschäftliche Auftreten zur bestimmten Zeit und von bestimmtem Inhalt kann sehr schwer eingehalten werden. Jede spätere Reproduction ist nicht die Reproduction des geschäftlichen Auftretens sondern des in dasselbe eingekleideten Gedankens und kann von Fluctuationen nicht befreit werden. Der Richter, dem die Entscheidung des Streites obliegt, hat nichts anderes zur Zeit als Behauptungen der Parteien. Jede Partei gibt den Inhalt des Vertrags nicht in den Worten nicht nach Massgabe desjenigen Auftretens, wie es im Momente des Vertragsabschlusses erschien, sondern bereits durch innere Momente modifiziert. Sie gibt also vor allem seine individuellen Willensbestimmungen, Willensentschlüsse, Auffassungen und Vorstellungen an. Auch hier kann es zwar an objectiven Kriterien nicht fehlen so z. B. Zeugen welche über den Inhalt des Vertrags gewisse Anhaltspunkte liefern und objective Interpretation ermöglichen. Hierin liegt die eminente Bedeutung der Zeugenschaft bei mündlicher Vertragserklärung.

Weicht aber das Individuelle von dem objectiv zu beurtheilenden geschäftlichen Auftreten ab und kann der Richter keine Anhaltspunkte in Bezug auf das letztere haben, so weiss er oft nicht, ob er hier mit nichtübereinstimmenden Vertragserklärungen (Dissens) oder mit abweichenden inneren Momenten bei übereinstimmenden Vertragserklärungen zu thun habe.

Möglich ist es, dass durch diesen Unterschied sich der Zwiespalt in den römischen Quellen erklären lässt. Von den römischen Quellenstellen legen die einen das Hauptgewicht auf die objective Seite, die anderen auf die subjectiven Mo-

mente. Nicht undenkbar ist die Annahme, dass diejenigen Quellen, welche das Hauptgewicht auf die subjectiven Momente stellen sich auf die Zeit, wo der mündliche Vertragschluss üblich war, wo das schriftliche Contrahiren noch nicht in Uebung war und überhaupt auf die mündlichen Vertragserklärungen beziehen, dass dagegen andere Stellen, worin der Nachdruck auf die objective Seite der Vertragserklärungen gelegt wird, von schriftlichen Vertragserklärungen zu verstehen sind.

U. E. gilt hier wie überall nur die objective Interpretation und nur das Typische kann zur Auslegung des Vertrags herangezogen werden. Dem Dritten gegenüber tritt der Concipient, der Verfasser der *lex contractus* gar nicht auf, zwischen dem Dritten und dem Concipienten begründet der Vertragsabschluss kein directes Verhältniss, seine Person kommt gar nicht in Betracht und seine Individualitäten sind auch nicht berücksichtigungswürdig. Sodann bleibt das Individuelle des Concipienten meistens unerkennbar, weil der Dritte mit dem Concipienten in kein directes Verhältniss eintritt, die Individualitäten des Letzteren also ausserhalb seiner Berechnungs- und Beachtungssphäre liegen. In der Praxis wird diese Theorie Leonhard's nicht anerkannt, im Gegentheil hat das Reichsoberhandelsgericht den entgegengesetzten Grundsatz ausgesprochen: „Unsichere, zweifelhafte Ausdrücke und Fassungen werden allein durch die Unterschrift des Kontrahenten nicht im Sinne des Concipienten entschieden“ (Entscheid. des ROHGer. II. Nr. 45 S. 186 ff.)

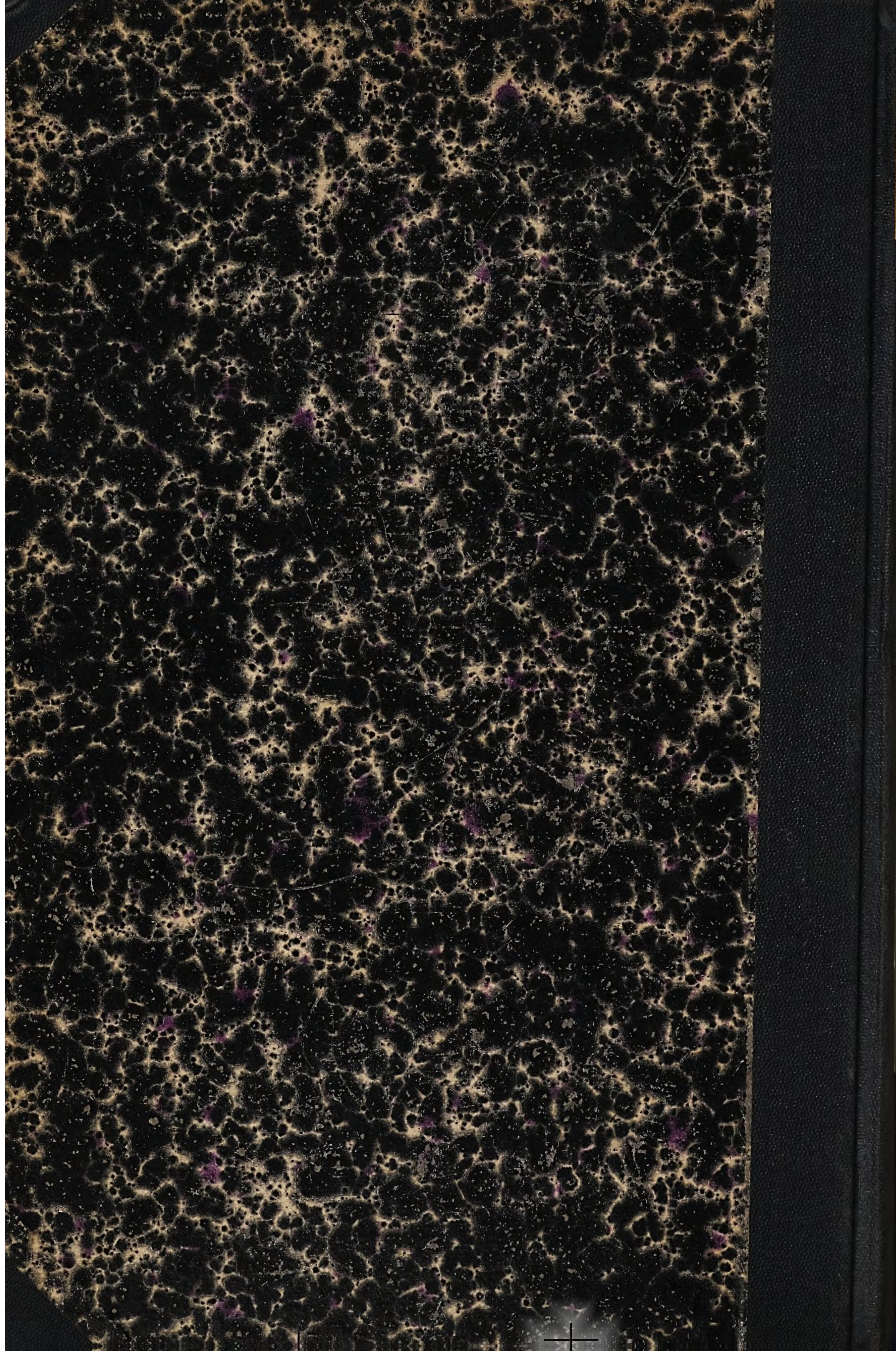
Die Thätigkeit des Concipienten kommt noch in so ferne in Betracht, als sie Divergenz zwischen dem Willen und der Erklärung des Kontrahenten hervorruft. Hieher gehören Fälle, wo jemand sich eines Anderen zur Verfassung der Vertragsofferte oder Accepts bedient, sodann das Schreiben unterschreibt dabei aber der Inhalt des Schreibens seinem Willen nicht entspricht oder es unterschreibt jemand eine Urkunde ohne Kenntniss ihres Inhalts. In diesem Falle lassen auch die Anhänger der herrschenden Theorie den Unterfertiger gemäss dem objectiven Inhalt der Urkunde haften. Zitelmann wendet hier die Kategorie „der unbestimmten Absicht“ an. Der Handlungschef, der die von seinem Correspondenten geschriebe-

nen Geschäftsbriefe unterschreibt ohne sie zu lesen, weiss sehr genau, dass er dadurch alles das, was geschrieben ist, sei es was es sei als von ihm selbst geschrieben gelten lässt, er erkaufte sich die Bequemlichkeit nicht zu lesen mit der Unsicherheit der Haftung aus unbestimmter Absicht, er wird zweifellos diese unbestimmte Absicht, welche jeden möglichen Inhalt des Briefs (vielleicht indess doch mit einigen Beschränkungen) umfasst, in sich hegen, weil er sonst den Credit seines Geschäfts untergräbt“. Dass der Geschäftsmann gemäss dem Inhalt des Briefs haften wird und die darin übernommene Verpflichtung erfüllen wird, um seinen Credit nicht zu schädigen, glauben wir wohl; dass er diesen Inhalt auch gewollt haben würde, wird meistens nur eine Fiction sein. Kann von einer unbestimmten Absicht dann die Rede sein, wenn der Unterfertiger die Urkunde unter Voraussetzung eines bestimmten Inhalts unterschrieben hat oder wenn er nur über den Inhalt irregeführt wurde? Dann müsste neben dem Bestimmt-gewollten das Eventuellgewollte fingirt werden.

Weder diese Begründung noch diejenige Windscheid's, der zufolge der Unterfertiger einer Urkunde ihm unbekannten Inhalts den Vorwurf grober Nachlässigkeit auf sich ladet, kann uns befriedigen — der einzige Grund ist in Bedürfnissen des Verkehrs im Interesse des Contrahenten und des ihm gegenüberstehenden Publicums zu suchen.



Karl Böhl



Doliński, Aleksander

Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen bei der Abschliessung von
obligatorischen Verträgen nach oesterreichischen und gemeinem Recht eine
civilrechtliche Studie

Lemberg 1893

J.austr. 11 dx

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11632196-8